D

LE

DROIT CIVIL CANADIEN

VIII

D

Au

CONTI

I

(2e ex.) 371

LE
DROIT CIVIL CANADIEN

AVEC

REVUE DE LA JURISPRUDENCE DE NOS TRIBUNAUX

PAR

P.-B. MIGNAULT,

CONSEIL DU ROI

Auteur du "Manuel de Droit Parlementaire," du "Code de Procédure Civile Annoté" et du "Droit Paroissial".

TOME HUITIÈME

CONTENANT LES TITRES DU MANDAT, DU PRÊT, DU DÉPÔT, DE LA SOCIÉTE, DES RENTES VIAGÈRES, DES TRANSACTIONS, DU JEU ET DU PARI, DU CAUTIONNEMENT ET DU NANTISSEMENT.

MONTRÉAL :
WILSON & LAFLEUR, Editeurs,
LIBRAIRIE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE,
17 et 19, rue St-Jacques.

1909

PRÉFACE

Je dois quelques mots d'explications au lecteur, qui constatera facilement, en regardant le titre de ce volume, que le plan en a été essentiellement modifié. Jusqu'à ce moment, mon ouvrage était, comme ensemble, basé sur les *Répétitions écrites* de Frédéric Mourlon, les reproductions du texte de cet auteur étant indiquées par des signes typographiques auxquels, je l'ai constaté plus d'une fois, on avait quelque difficulté à s'habituer. Je n'ai pas, au début, caché mes préférences pour un travail entièrement personnel, et plus j'avançais dans ma tâche, et plus ce travail devenait considérable. Dans le volume sept, les reproductions du texte de Mourlon se sont arrêtées au titre de *L'Echange,* et, après y avoir réfléchi, j'ai cru que mes lecteurs me permettraient de supprimer ces reproductions d'une manière définitive. Le titre de l'ouvrage a donc été modifié, et les signes typographiques, devenant inutiles, ont disparu. Mes notes étaient auparavant indiquées par des lettres, celles de Mourlon par des chiffres; dans ce volume toutes les notes portent des numéros.

J'ai commenté neuf titres du code civil: ceux du *Mandat,* du *Prêt,* du *Dépôt,* de la *Société,* des *Rentes viagères,* des *Transactions,* du *Jeu et du pari,* du *Cautionnement* et du *Nantissement.* Pour la jurisprudence, moins abondante que dans les volumes qui précèdent, mais encore très considérable, j'ai eu l'avantage

de la collaboration de M. Armand Grenier, avocat de Montréal, MM. Albert et Oscar Dorais s'étant trouvés dans l'impossibilité de continuer la collaboration intelligente qu'ils m'avaient apportée dans la préparation des tomes cinq, six et sept. Il me reste à expliquer trois titres: *Les privilèges et hypothèques, L'enregistrement des droits réels* et *La prescription.* Le prochain volume complétera donc ce travail assez considérable que j'ai appelé le *Droit civil canadien.*

J'ai toujours compté sur l'indulgence de mes lecteurs, et je dois reconnaître qu'elle ne m'a jamais été refusée. J'en ai peut-être plus besoin que jamais, à ce moment où je me hasarde à continuer mon ouvrage, en me séparant de l'auteur que j'avais choisi au début. Me sera-t-il donc permis de solliciter cette indulgence encore une fois ?

P. B. MIGNAULT.

Montréal, 7 mars 1909.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE TOME HUITIÈME

PAGES

TABLE DES ARRÊTS

CITÉS

EN CE VOLUME

A

B

C

PAGES

D

E

G

H

I

J

K

L

M

N

O

P

Q

R

T

L

I.

de *m*

la m

mett

terme

17(

"qu'o

"une

"fait

Sou

ticle 1

"manc

"le po

"nom.'

Ce

visage

trumen

En eff

bien la

Mais, d

partant

Sous

(1)]

LE DROIT CIVIL CANADIEN

TITRE HUITIÈME

DU MANDAT

CHAPITRE PREMIER.—Dispositions Générales.

I. De la nature du mandat. — Le mot *mandat* vient, dit-on, de *manum dare,* parce que, anciennement, le mandataire donnait la main au mandant en témoignage de la fidélité qu'il lui promettait (1). Le code (art. 1701, al. 1er) le définit en ces termes:—

1701. "Le mandat est un *contrat* par lequel une personne, "qu'on appelle le mandant, confie la gestion d'une affaire licite à "une autre personne qu'on appelle mandataire, et qui, par le "fait de son acceptation, s'oblige à l'exécuter."

Sous un rapport, cette définition vaut mieux que celle de l'article 1984, al. 1er, du code Napoléon, aux termes duquel "le "mandat est un *acte* par lequel une personne donne à une autre "le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son "nom."

Ce qui frappe tout d'abord, c'est que notre article 1701 envisage le *contrat,* l'article 1984 C. N., l'*acte,* c'est-à-dire l'instrument qui constate le contrat, autrement dit, la *procuration.* En effet, le mot *mandat,* dans le langage usuel, signifie aussi bien la *procuration* que le contrat que cette procuration énonce. Mais, dans ce titre, c'est le *contrat* que le législateur envisage, et, partant, notre définition vaut mieux que celle du code français.

Sous un autre point de vue sa supériorité n'est pas aussi mani-

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n° 905.

feste. D'après notre article,—et en cela nos codificateurs se sont inspirés de Pothier (2), — le mandant confie la *gestion* d'une affaire au mandataire; selon l'article 1984 du code Napoléon, au contraire, il lui *donne le pouvoir* de faire quelque chose pour lui et en son nom. La *gestion* ou l'*administration* suppose une succession d'actes, tandis que le mandat peut se rapporter à un seul acte, comme celui de toucher une somme d'argent due au mandant, et, dans ce cas, il paraît inexact de dire que le mandataire gère une affaire. Je préfère l'expression du code français, "donner le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom." En effet, nous verrons que l'idée qui domine dans le mandat, c'est celle de représentation, ce que rend très bien l'article 1984 du code Napoléon.

Notre article qualifie l'affaire que le mandataire est appelé à gérer d'affaire *licite*. En d'autres termes, il ne saurait y avoir mandat, juridiquement parlant, lorsque l'objet du mandat est prohibé par la loi ou contraire aux bonnes mœurs. Un tel mandat constituerait un délit, et bien que la personne qui le donnerait ne puisse être tenue comme mandant, car le prétendu mandat est inexistant, sa responsabilité serait engagée envers les tiers qui seraient lésés par les actes du mandataire. Il n'y a en tout cela qu'application des principes qui régissent la responsabilité contractuelle et délictuelle.

Le mandat peut se ranger dans la catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits. A l'origine, il n'y a qu'une seule personne qui s'oblige, le mandataire; le mandant peut se trouver sous le coup d'une obligation, envers les tiers comme envers le mandataire, par suite de l'exécution du mandat, mais, dès le principe, il n'y a que le mandataire qui s'oblige. Pour qu'il en soit ainsi, cependant, il est nécessaire que le mandataire accepte la mission que le mandant lui confie, ce qu'exprime du reste notre définition, et jusqu'à ce que son acceptation intervienne, il n'y a qu'une proposition incapable, par elle-même, d'engendrer une obligation. Quand le mandataire accepte, il y a contrat. A

(2) ***Mandat***, **n° 1.**

cet égard je puis noter qu'il a été décidé par le juge Berthelot, dans une cause de *Torrance* v. *Chapman* (6 L. C. J., 32), que le mandataire, qui, après avoir accepté le mandat qu'on lui a confié, décide de ne pas l'exécuter, doit cependant en avertir le mandant, s'il veut dégager sa responsabilité. Et on pourrait aller plus loin et dire que le mandataire ne peut, par sa seule volonté, se soustraire aux effets du contrat que son acceptation a rendu parfait.

J'ajoute que l'acceptation du mandataire peut être expresse ou tacite, et c'est à cette dernière espèce d'acceptation que le deuxième alinéa de notre article 1701 se réfère en disant que "l'acceptation peut s'inférer des actes du mandataire, et même "de son silence en certains cas." Ainsi, le mandataire qui commence à exécuter le mandat, indique d'une manière non équivoque sa volonté d'accepter la gestion ou la mission qu'on lui confie. De même, un mandataire s'obligera par son silence, — j'emprunte cet exemple à Pothier (3), — quand, sur la prière qu'on lui adresse de s'occuper d'une chose pendant l'absence du propriétaire, il accepte des mains de celui-ci une procuration sans rien lui dire, car la bonne foi qui doit exister en affaires exige qu'il exprime son refus s'il ne veut pas accepter la gestion qu'on lui propose.

La cour d'appel, dans la cause de *Gibb* v. *Macadam* (16 R. L., 425), a établi en principe que, dans l'appréciation des faits desquels l'on veut faire découler le mandat tacite, l'on doit prendre en considération l'intention des parties, et que les tribunaux ne doivent admettre, comme faisant présumer le mandat, que des faits impliquant nécessairement l'idée du mandat. Dans cette cause, le fait que le cessionnaire d'une créance aurait, après la signification du transport au débiteur, reçu du cédant partie de la créance cédée, et se serait adressé à lui pour réclamer la balance, n'a pas été jugé suffisant pour constituer, en faveur de ce cédant, un mandat tacite l'autorisant à recevoir du débiteur le montant de la créance.

(3) *Mandat*, n° 32.

Il a aussi été décidé par la cour d'appel, dans la cause de *Dufaux* v. *Roy* (14 R. L., 511), que le locataire n'est pas le mandataire du propriétaire, quant à ce qui a trait à l'exploitation de l'immeuble loué. Ainsi, on ne saurait tenir le locateur responsable des actes délictueux du mandataire (4).

J'ai dit que l'idée de la représentation domine dans le mandat. Bien que le rôle du mandataire paraisse actif et celui du mandant passif, juridiquement parlant, c'est tout l'inverse qui a lieu. Le mandataire, en effet, n'agit et ne parle qu'au nom du mandant, et c'est celui-ci qui acquiert des droits et contracte des obligations à l'égard des tiers, et non pas le mandataire. Cela est si vrai, que ce n'est que lorsque le mandataire excède les bornes de son mandat, où qu'il agit en son nom propre,—et alors il répudie pratiquement le mandat,—qu'il s'oblige envers les tiers avec qui il traite. C'est encore pour la même raison, comme nous le verrons, que l'incapacité même absolue du mandataire n'empêche pas que le mandant ne s'oblige par son entremise.

Ce trait essentiel du mandat permet de distinguer ce contrat du louage d'ouvrage, car celui qui loue son travail ou ses services ne représente pas celui qui accepte ce louage, tandis qu'il n'y a pas de mandat sans représentation (5).

Il ne faut pas confondre le *mandat,* qui est un contrat, avec la *gestion d'affaires* qui est un quasi-contrat.

J'ai expliqué ailleurs (6) les points de divergence qui les distingent, le plus saillant étant que, dans la gestion d'affaires, le gérant ne peut réclamer ses déboursés que si sa gestion a été utile; le mandataire, au contraire, a toujours droit "au rem-

(4) En ce sens, voyez la décision du conseil privé dans la cause de *Kieffer* v. *Les Ecclésiastiques du Séminaire des Missions Etrangères,* R. J. Q., 13 B. R., 89.

(5) Je n'ai pas à revenir sur cette distinction essentielle, mais souvent très difficile à tracer, entre le mandat et le louage d'ouvrage. Voy. mon tome 7, p. 238. Je puis ajouter que la faute du préposé engage la responsabilité du commettant, non pas parce qu'il y a mandat entre eux, mais parce que la loi le veut ainsi.

(6) Voy. mon tome 5, p. 310.

boursement de ses dépenses, même lorsque sa mission n'a pas réussi, pourvu, toutefois, qu'il n'y ait pas eu de faute de sa part.

II. Des différentes espèces de mandat. — On distingue le *mandat conventionnel,* le *mandat légal* et le *mandat judiciaire.* Le premier naît de la convention des parties, c'est le seul dont il soit question dans ce titre. Le mandat légal est celui qui dérive de la loi, comme le mandat du tuteur. Enfin, le mandat judiciaire est celui que la justice défère, comme le séquestre.

Il n'y a pas de distinction, au point de vue juridique, si ce n'est quant à la rigueur de l'obligation imposée au mandataire, entre le mandat gratuit et le mandat salarié. De sa nature, le mandat est gratuit, car c'est un office d'amitié, et s'il n'y a pas de convention ou d'usage contraire, le mandataire ne pourra réclamer que le remboursement de ses dépenses, et non pas un salaire (7). Autrefois, dans l'ancien droit français, comme dans

---

(7) C'est ce que porte en ces termes l'article 1702 :—

1702. "Le mandat est gratuit s'il n'y a une convention ou un usage reconnu au contraire".

Sauf que l'article 1986 du code Napoléon, qui correspond à notre article 1702, ne parle pas des cas où il y a usage reconnu au contraire, mais la doctrine reconnaît cette exception à la gratuité du mandat, on peut dire que les deux dispositions sont au même effet.

Il a été question de la gratuité du mandat dans quelques décisions de nos cours.

Ainsi, en matière d'élection, il a été jugé par le juge Smith, dans la cause de *Girouard* v. *Beaudry* (3 L. C. J., 1), qu'un agent d'élection n'avait pas d'action contre un candidat, pour le recouvrement de la valeur de ses services, à moins de convention spéciale.

Bien plus, en matière commerciale où le mandat est de nature onéreuse, le juge Mackay a décidé, dans la cause de *Renaud* v. *Walker* (13 L. C. J., 180), qu'une partie qui s'est engagée à exécuter le mandat par un contrat synallagmatique ne serait pas admise à réclamer une commission, car il est à présumer que cette commission a été comprise dans la considération du contrat.

Citons enfin la cause de *Fournier* v. *Les commissaires d'écoles de Sainte-Marie de Monnoir* (32 L. C. J., 326), où le juge Tellier a décidé

le droit romain, la gratuité du mandat était de son essence, et on enseignait que, si un salaire était stipulé, ce n'était plus un mandat, mais un louage d'ouvrage (8). Aujourd'hui, le mandat salarié prend de plus en plus d'importance, et la stipulation d'un salaire ne distingue plus le mandat du louage d'ouvrage. Mais, en principe, si un salaire n'a pas été stipulé, le mandataire n'en pourra pas réclamer, sauf, dit notre article, le cas où il y a un usage reconnu au contraire. Ainsi, les membres de certaines professions ont, d'après l'usage et quelquefois d'après la loi, droit à un salaire, et il n'est pas nécessaire que la convention en parle. Quelquefois, non seulement le droit au salaire est reconnu par la loi ou l'usage, mais le quantum de ce salaire est fixé par des tarifs officiels, et alors le mandataire, tout en ayant droit à un salaire, n'en pourra réclamer d'autre que celui que lui accorde ce tarif (9).

Le mandat peut être *général* ou *spécial*. L'article 1703 fait en ces termes cette distinction, et en indique les effets :

---

que le régisseur d'une école, occupant une charge publique, est tenu d'accomplir gratuitement tous les actes découlant de sa charge, tels que la surveillance des réparations faites à la maison d'école, mais qu'il avait droit à une rémunération pour ce qui était en dehors de ses attributions, comme la préparation des spécifications et de la répartition.

(8) Comp. Pothier, *Mandat*, nos 22 et s.

(9) La question présente surtout de l'intérêt en ce qui se rapporte aux avocats, dont les services sont rémunérés suivant un tarif qui a force de loi. Mais ce tarif n'est pas nécessairement la seule règle que l'on doive suivre dans le paiement de leurs honoraires. Dans la cause de *Christin* v. *Lacoste* (R. J. Q., 2 B. R., p. 142), on a distingué entre les services ordinaires que l'avocat rend au cours d'un procès, et pour ces services on ne peut exiger des honoraires plus élevés que ceux prévus au tarif, et les services extraordinaires ou imprévus qui demandent une rémunération spéciale. Il résulte également de cet arrêt (et de plusieurs autres, notamment, *Devlin* v. *Tumblety* (2 L. C. J., 182), *Beaudry* v. *Ouimet* (9 L. C. J., 158), *Amyot* v. *Gugy* (2 Q. L. R., 201), et *Doutre* v. *Regina* (rapportée au n° 108, sous l'article 549 dans le Code annoté de MM. Martineau et Delfausse), que

1703. "Le mandat peut être soit spécial pour une affaire par-"ticulière, ou général pour toutes les affaires du mandant.

"Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes "d'administration.

"S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de tout acte quel-"conque de propriété autre que les actes d'administration, le "mandat doit être exprès" (10).

Il est de principe que le mandat s'interprète restrictivement. Si donc il est en termes généraux, il n'embrasse que les actes d'administration, car il est à présumer que si le mandant avait entendu autoriser son mandataire à accomplir des actes de disposition, il s'en serait expliqué d'une manière expresse. Par conséquent, si le mandant veut conférer le pouvoir de faire un acte de disposition, tel qu'aliéner ou hypothéquer, ou tout acte de propriété autre que les actes d'administration, il doit s'en exprimer formellement (11). Et même alors, le mandataire ne peut accomplir d'autres actes que ceux que la procuration mentionne (12). Ainsi, le mandat de vendre ne comporte pas autorisation de recevoir le prix, sauf les cas d'usage contraire. De même, le mandat donné à l'avocat de poursuivre le paiement d'une créance ne l'autorise pas à toucher cette créance et à en

---

le tarif n'est une règle absolument obligatoire qu'à l'égard des honoraires que l'avocat peut réclamer de la partie adverse, condamnée aux dépens de l'instance, et qu'entre avocat et client, le tribunal peut évaluer autrement les services rendus. Il existe cependant quelques arrêts anciens dans le sens contraire: *Grimard* v. *Burroughs* (11 L. C. J., 275; 3 L. C. L. J., 85), et *Larue* v. *Loranger* (3 L. N., 284).

(10) Cette disposition est au même effet que les articles 1987 et 1988 du code Napoléon.

(11) Il y a certaines aliénations qui sont des actes d'administration et que le mandataire général peut accomplir, comme par exemple la vente d'une récolte. Conf. Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 523.

(12) Bien entendu, l'autorisation générale d'hypothéquer ou aliéner les biens du mandant suffit pour autoriser une aliénation ou une constitution d'hypothèque particulière.

donner quittance valable (13). A plus forte raison, l'avocat ne peut-il, sans une autorisation spéciale de son client, consentir une transaction au nom de ce dernier (14).

Les tribunaux ont décidé dans un grand nombre d'arrêts d'espèce (*Castle* v. *Baby,* 5 L. C. J. 411; *Poirier* v. *Jobin,* 12 R. L. 64 et 16 R. L. 541; *Jodoin* v. *Lanthier,* 31 L. C. J. 111, et *Serre* v. *Metropolitan Bank,* 21 L. C. J. 207 et 1 L. N. 200), que le mandataire, communément appelé *administrator omnium bonorum,* ne peut faire un emprunt, si ce n'est pour des objets relatifs à son administration.

Il a été également jugé, dans la cause de *Jarry* v. *Sénécal* (M. L. R. 1 S. C., 400, et 8 L. N., 331), qu'une procuration générale, autorisant quelqu'un à conclure tous contrats qu'il jugerait à propos avec les cultivateurs pour la culture de la betterave à sucre, n'autorisait pas le mandataire à acheter des cultivateurs des betteraves à sucre, et ne pouvait lier le mandant vis-à-vis des tiers pour le prix d'achat de ces betteraves.

Une autre décision intéressante est celle de *La Banque d'Hochelaga* v. *Jodoin* (R. J. Q., 2 C. S. 276; R. J. Q., 3 B. R., 36; 16 L. N., 142; 18 L. N., 244; 1895, A. C. 612, et 64 L. J. P. C., 174), concernant la responsabilité de la femme séparée de biens, pour les actes faits par son mari en vertu d'une "procuration générale", le constituant "son procureur général et spécial" pour administrer ses affaires, et spécifiant entre autres actes, ceux de tirer des lettres de change et signer des billets promissoires. Il a été jugé que, dans ce cas, la responsabilité de la femme s'étendait à tous les billets promissoires signés par le mari, et n'était

(13) La raison en est que le mandat *ad litem* ne comporte que l'autorisation d'exercer en justice l'action du client, et ce mandat se termine lorsque l'avocat a obtenu un jugement de condamnation. Le mandat de percevoir une créance comporte bien le droit d'en donner quittance, mais tel n'est pas—il ne faudrait pas l'oublier—le mandat *ad litem.*

(14) *King* v. *Pinsonneault* (22 L. C. J., 58; 6 R. L., 703; 18 L. R. P. C. A., 245; 14 L. J. P. C., 42; 32 L. T., 174, Beauchamp, *Jurisprudence of the Privy Council,* 149).

pas limitée, par l'article 181 du code civil, aux seuls billets nécessités par les besoins de l'administration.

Bien que le sujet, sur lequel le pouvoir donné dans un mandat devra être exercé, paraisse général, il se peut que les circonstances qui entourent le mandat en restreignent l'étendue, et alors ce mandat devient ce qu'on appelle *"un mandat exprès par le fait."* Ainsi, il a été jugé, dans la cause de *Buchanan* v. *McMillan* (20 L. C. J., 105), que, dans le cas d'un mandat autorisant le mandataire, en termes généraux, à vendre, transporter et aliéner *"the immoveable property"* du mandant, s'il est prouvé que ce dernier, au moment du mandat, n'était propriétaire que d'une seule propriété immobilière, le mandat sera restreint à cette seule propriété. Cet arrêt a aussi décidé que notre loi reconnaît une égale autorité au mandat exprès tacite comme au mandat exprès écrit.

III. De l'étendue du mandat. — De ce que je viens de dire, il résulte qu'il faut scruter les termes de la procuration pour déterminer l'étendue du mandat et les pouvoirs du mandataire. Car on peut dire que tout ce qui n'est pas permis au mandataire, expressément ou implicitement, lui est défendu, et s'il excède ses pouvoirs il ne lie pas le mandant. Ce principe élémentaire est exprimé en ces termes par l'article 1704 :—

1704. "Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui "est porté dans son mandat ou peut s'en inférer.

"Il peut faire tout acte qui découle de cette autorité et qui "est nécessaire à l'exécution du mandat" (15).

Ainsi, il a été jugé par la cour d'appel, dans la cause de *The Commercial Union Insurance Company* v. *Foote* (3 R. C., 40), que le pouvoir d'annoncer dans les journaux découlait du man-

(15) L'article 1989 du code Napoléon pose le principe que le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat, et il ajoute, ce qui d'ailleurs va de soi, que le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. Il n'y est pas question des pouvoirs qui s'infèrent de ceux qui sont exprimés dans le mandat, mais cela aussi va de soi.

dat confié à un agent d'assurance chargé d'assumer des risques et percevoir des primes.

Cependant, il a été décidé, par la même cour, dans la cause de *Serre* v. *The Metropolitan Bank* (21 L. C. J., 207 et 1 L. N., 200), qu'une procuration notariée, autorisant généralement le mandataire de gérer et administrer les affaires du mandat, et, pour cette fin, d'hypothéquer les immeubles de ce dernier, ne confère pas au mandataire le pouvoir de signer des billets promissoires ou de les endosser au nom du mandant.

D'un autre côté, [illegible] Andrews a jugé, dans la cause de *Quebec Bank* v. *Bry*[illegible]n jugement a été confirmé par la cour d'appel (17 Q. L. R., 78, et 14 L. N., 260), qu'une procuration dans ces termes : "to draw, accept and endorse bills of exchange, promissory notes, &c.," comprenait le pouvoir de faire et signer des billets promissoires.

Enfin, dans la cause de *Webster* v. *Dufresne* (15 R. L. 210; 31 L. C. J. 100; M. L. R., 3 B. R., 43, et 10 L. n., 142), la décision de la cour d'appel nie au notaire instrumentant, qui reçoit un acte d'obligation, le mandat tacite de recevoir, au nom du débiteur, les deniers prêtés ; et si ces deniers lui sont remis par le prêteur, ce dernier ne sera pas, pour cette raison, déchargé de l'obligation de les fournir à l'emprunteur.

Il y a un cas où il n'est pas nécessaire que le mandant s'explique sur les pouvoirs qu'il entend conférer à son mandataire ; c'est celui où il donne mandat à une personne qui exerce une profession ou une fonction d'accomplir des actes qui dépendent de l'exercice de cette profession ou fonction.

"Les pouvoirs," dit l'article 1705, "que l'on donne à des per-"sonnes qui exercent certaines professions ou fonctions de faire "quelque chose dans le cours ordinaire des affaires dont elles "s'occupent, n'ont pas besoin d'être spécifiés, mais s'infèrent de "la nature de telle profession ou fonction" (16).

---

(16) Il n'y a pas d'article semblable au code Napoléon, et les codificateurs disent qu'ils se sont inspirés ici du code de la Louisiane.

Ainsi, le mandat conféré à l'avocat d'exercer une action en justice comprend tous les actes nécessaires à cet exercice, sans qu'ils soient mentionnés. Mais pour certains actes de procédure d'une gravité spéciale, comme l'inscription en faux (art. 226 C. P. C.), il faut un pouvoir exprès.

Il a été jugé, dans la cause de *Clavet* v. *Langlois* (1 R. de J., 53), que le mandat *ad litem* peut s'induire de la remise des pièces ou des titres de créance, si cette remise a été faite à l'avocat par la partie elle-même ou par son fondé de pouvoir; mais que telle remise faite à toute autre personne ne comprendrait pas le pouvoir d'intenter des poursuites aux débiteurs.

Aussi le juge Champagne a décidé, dans la cause de *Bernard* v. *Eliot* (12 L. N., 146), que l'avocat qui devient porteur de pièces *bonâ fide,* par l'entremise d'un tiers, a droit à ses frais contre son client, quels qu'aient été les arrangements de ce dernier avec ce tiers.

Dans un autre ordre d'idées, nous trouvons deux décisions intéressantes, relativement aux fonctions de curé dans nos paroisses. Dans la première, *Courtemanche* v. *Mailloux* (10 R. L. 195, et 13 R. L., 590), M. Rioux, magistrat de district, a jugé que les services d'un curé sont d'une nature mixte, ayant rapport au spirituel et au temporel, et que le curé pouvait recouvrer de ses paroissiens, non tenus de payer la dîme proprement dite, une somme d'argent représentant la valeur de ses services; tandis que, d'après la seconde décision, *St-Aubin* v. *Leclaire,* Jetté, J. (M. L. R., 2 E. C., 4), la dîme couvre tous les services spirituels que le curé rend à ses paroissiens, l'administration des sacrements étant essentiellement gratuite. Cette dernière décision sera sans doute suivie si la question est de nouveau soumise aux tribunaux.

L'article 1706, en décrétant qu'"un agent employé pour acheter ou vendre quelque chose ne peut en être l'acheteur ou le vendeur pour son compte" (17), renouvelle une prohibition énon-

---

(17) Cette disposition ne se trouve pas au code Napoléon qui s'est contenté de la règle générale formulée par l'article 1596 (notre article 1484).

cée d'une manière générale à l'article 1484, que j'ai expliquée ailleurs (18).

La cour suprême, dans la cause de *Castonguay* v. *Savoie* (29 Can. S. C. R., 613), a décidé, suivant en cela une décision antérieure rendue par elle-même dans une cause de *Davis* v. *Kerr* (17 Can. S. C. R., 235), que l'inspecteur d'une compagnie en liquidation ne peut se porter acquéreur, pour son propre compte, de quelque partie de l'avoir de cette compagnie.

IV. De la capacité des parties contractantes. — Il fallait ici poser des règles spéciales quant à la capacité des parties contractantes, car les règles générales énoncées au titre *Des obligations,* ne suffisaient pas. D'ailleurs, le mandant et le mandataire jouant des rôles absolument différents, les mêmes principes ne peuvent régir la capacité de l'un et de l'autre.

Quant au mandant, il n'y a qu'à appliquer le droit commun. C'est lui qui contracte par l'entremise du mandataire, il faut donc qu'il ait la capacité requise pour accomplir l'acte auquel le mandat se réfère. Ainsi, la femme séparée de biens ne peut, sans l'autorisation de son mari, conférer à son mandataire que des pouvoirs d'administration.

A l'égard du mandataire, et pour la même raison, une règle spéciale était nécessaire, car, parlant au nom du mandant, il ne s'oblige pas personnellement. Donc, il importe peu, quant à la validité de l'acte accompli, qu'il eût pu lui-même le faire pour son propre compte, il suffit qu'il le puisse faire au nom de son mandant, et que celui-ci, qui contracte réellement, soit lui-même en état de capacité. C'est ce que portent en ces termes les articles 1707 et 1708, qui reproduisent en substance l'article 1990 du code Napoléon.

1707. "Les mineurs émancipés peuvent être mandataires; mais "le mandant n'a, dans ce cas, d'action contre le mandataire mi- "neur que d'après les règles générales relatives aux obligations "des mineurs.

(18) Voy. mon tome 7, p. 41.

1708. "La femme mariée qui exécute le mandat qui lui est "confié oblige son mandant ; mais il ne peut y avoir action con-"tre elle que suivant les dispositions contenues au titre *Du "mariage."*

L'article 1707, suivant en cela l'article 1990 du code Napoléon, ne parle que du mineur émancipé, parce qu'on ne songerait guère, dit-on, à confier un mandat à un mineur non émancipé. Mais si le mineur non émancipé à qui on confie un mandat exécute ce mandat, il n'est aucun doute que le mandant se trouvera obligé (19). Ainsi, il serait inexact de dire que le mandat conféré à un mineur non émancipé est nul.

Entre le mandant et le mandataire, le mandat conféré à un mineur n'obligera celui-ci que d'après les principes généraux que nous avons étudiés ailleurs. Si une femme mariée entreprend un mandat sans l'autorisation de son mari, nulle obligation ne la liera envers le mandant, sauf celui de lui rembourser les deniers qu'elle a reçus en vertu du mandat et qu'elle possède encore, car, pas plus que tout autre, elle ne peut s'enrichir à ses dépens. Mais si la femme commune a agi sans l'autorisation de son mari, elle n'obligera pas la communauté à faire ce remboursement, à moins que celle-ci n'ait profité des deniers perçus par la femme (arg. art. 1296). Lorsque la femme est séparée de biens, il va sans dire que le mari ne peut jamais être recherché par suite du mandat accepté par sa femme sans son autorisation.

La seule décision que nous trouvons sur le sujet, est celle rendue dans la cause de *Norris* v. *Condon* (14 Q. L. R., 184, et 11 L. N., 174, 319) ; il y a été décidé qu'une femme mariée peut agir seule comme mandataire de son mari dans une affaire où il est seul intéressé et par laquelle il s'enrichit ; car, dans un cas semblable, l'acte de la femme est en réalité l'acte du mari (20).

---

(19) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 909.

(20) Voy., au surplus, mon tome 6, p. 179.

CHAPITRE DEUXIEME.—Des Obligations du Mandataire.

Il faut envisager ces obligations: 1°. à l'égard du mandant; 2°. à l'égard des tiers. Il en sera question dans les deux sections que renferme ce titre.

Section I. — Des obligations du mandataire envers le mandant.

Les deux principales obligations du mandataire envers le mandant sont:

1°. d'exécuter le mandat qu'il a accepté;

2°. de rendre compte de son exécution lorsque le mandat a pris fin.

Nous nous occuperons de ces deux obligations dans des paragraphes distincts.

§ I.—*De l'obligation du mandataire d'exécuter le mandat.*

I. Généralités. — Nous avons vu que le mandat est un contrat par lequel le mandant confie la gestion d'une affaire au mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exécuter. Nous avons ajouté qu'à l'origine il n'y a que le mandataire qui s'oblige, et cette obligation a pour objet l'exécution du mandat.

Le premier alinéa de l'article 1709 pose d'ailleurs ce principe. Il dit que "le mandataire est tenu d'accomplir le mandat "qu'il a accepté, et répond des dommages-intérêts qui pourraient "résulter de son inexécution, tant que ses pouvoirs subsis-"tent". (1).

(1) Il n'y a qu'une différence de rédaction entre cette disposition et le premier alinéa de l'art. 1991 C. N. qui lui correspond. Je dois noter cependant que les mots "tant que ses pouvoirs subsistent" se

Ainsi, un mandataire, qui n'exécute pas le mandat qui lui a été confié, est tenu de notifier le mandant de ce fait: telle a été la décision rendue dans la cause de *Torrance* v. *Chapman* (6 L. C. J. 32).

Il y a d'ailleurs deux périodes à envisager lorsqu'il s'agit des obligations du mandataire envers le mandant: celle de la durée même du mandat; celle qui suit l'expiration du mandat quant aux actes qui sont la continuation des actes faits antérieurement.

Il est question de la première période dans le premier alinéa de l'article 1709 que je viens de citer. Cette obligation d'exécuter le mandat dure aussi longtemps que le mandat lui-même. Comme nous le verrons, le mandant peut toujours révoquer le mandat, sauf lorsque ce mandat a été consenti dans l'intérêt du mandant et du mandataire, ou dans l'intérêt du mandant et d'un tiers. Et le mandataire, peut, sauf dans les cas que je viens de mentionner, renoncer au mandat, mais sa renonciation, non agréée du mandant, peut engager sa responsabilité civile.

Ajoutons que le mandataire doit exécuter le mandat suivant les instructions que ce mandat renferme, et qu'il s'expose à des dommages-intérêts s'il s'en écarte.

Ainsi, je charge quelqu'un de vendre ma maison, d'en percevoir le prix et de placer immédiatement ce prix en actions d'une banque. Si le mandataire ne fait pas l'emploi prescrit, je puis lui réclamer la valeur des actions au prix du marché du

---

réfèrent, dans la rédaction de notre article, à la responsabilité du mandataire pour les dommages-intérêts qu'éprouve le mandant par suite de l'inexécution du mandat, tandis que dans l'article 1991 C. N. ils sont donnés comme qualifiant l'obligation du mandataire d'exécuter le mandat. Je ne vois pas là une différence, cependant, entre les deux dispositions, et du reste il n'était pas nécessaire de dire que le mandataire n'est tenu d'exécuter le mandat que tant que ses pouvoirs subsistent, pas plus qu'on n'avait besoin d'ajouter que le mandataire est passible de dommages-intérêts s'il n'exécute pas le mandat, car il n'y a là qu'application des principes qui régissent les contrats.

jour où cet emploi aurait dû se faire. S'il le fait, il ne sera pas, en principe, responsable de la dépréciation des actions achetées.

Il a été jugé par la cour suprême, dans la cause de *Moodie* v. *Jones* (19 R. L., 516; M. L. R., 6 Q. B., 354; 19 Sup. C. R., 266; 14 L. N., 113), que le mandataire, qui reçoit du mandant une somme d'argent pour être employée pour une affaire déterminée, mais qui l'emploie pour un autre objet, est tenu de rembourser cette somme au mandant, quand même le mandataire établirait que l'opération qu'il a faite était préférable à celle qu'il aurait dû faire.

L'on a aussi décidé, dans une cause de *Campbell* v. *Jones* (9 L. C. R., 10; 3 L. C. J., 96), qu'un commissionnaire est responsable de la valeur de marchandises livrées par erreur à l'acheteur, arpès un avis donné par le vendeur de n'en pas faire la livraison.

La cour de révision, dans la cause de *Ethier* v. *Corbeille* (R. J. Q., 6 C. S., 267), a défini la responsabilité du cessionnaire d'une créance, avec garantie de fournir et faire valoir, lequel devient alors le mandataire du cédant pour le recouvrement de la somme transportée.

Quant à la seconde période, il ne serait pas exact de dire que les obligations du mandataire prennent toujours fin avec le mandat lui-même. Autrement, le mandant en éprouverait quelquefois préjudice, et, spécialement, lorsque le mandat cesse par la mort du mandant, les intérêts des héritiers de celui-ci souffriraient si le mandataire pouvait toujours cesser immédiatement sa gestion. Pour cette raison nous trouvons au deuxième alinéa de l'article 1709, et comme le qualificatif du premier alinéa, la disposition suivante:—

"Après l'extinction du mandat, il est tenu de faire tout ce qui "est une suite des actes faits antérieurement, et il est obligé, si "l'extinction du mandat provient du décès du mandant, de ter- "miner l'affaire si elle est urgente et ne peut être différée sans "risque de perte ou de dommage."

L'alinéa correspondant de l'article 1991 du code Napoléon est plus concis. Il se contente de dire que le mandataire est tenu

d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure.

Les deux dispositions ne diffèrent guère quant à l'obligation qui incombe au mandataire, au cas du décès du mandant, de terminer une affaire urgente. L'expression "s'il y a péril en la demeure" est plus pittoresque, peut-être, mais nos codificateurs ont préféré un langage plus précis et qui, d'ailleurs, rend la même idée.

Donc, à la double condition que l'affaire soit urgente et qu'elle ne puisse être différée, le mandataire, dont les pouvoirs ont cessé par la mort du mandant, est obligé de la continuer. Pothier (2) donnait l'exemple d'une vendange commencée par le mandataire à la mort du mandant, lorsque les héritiers de ce dernier demeurent dans un endroit éloigné.

Notre article va encore plus loin, et, de quelque manière que le mandat prenne fin, il oblige le mandataire de faire tout ce qui est la suite des actes faits antérieurement. Je crois qu'il faut, comme dans le cas du décès du mandat, qu'il y ait urgence et que les actes faits après la cessation du mandat soient une suite nécessaire de ceux accomplis antérieurement.

Nous verrons du reste que, dans ces cas urgents, les pouvoirs du mandataire, comme ses obligations, survivent à l'extinction du mandat (art. 1729).

II. De la responsabilité du mandataire. — Le code ne faisant plus la distinction de la faute lourde, légère ou très légère (3), le premier alinéa de l'article 1710 est en harmonie avec les nouveaux principes lorsqu'il décrète que "le mandataire, dans l'exé-"cution du mandat, doit agir avec l'habileté convenable et tous "les soins d'un bon père de famille", c'est-à-dire qu'il répond de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille (4).

(2) *Mandat*, n° 107.

(3) Voy. l'article 1064 et mon tome 5, p. 400.

(4) L'alinéa correspondant de l'article 1992 du code Napoléon porte que le mandataire répond non seulement du dol, mais des fautes qu'il commet dans sa gestion, ce qui est vrai dans notre droit comme dans le droit français.

Mais ici le législateur distingue entre le mandat gratuit et le mandat salarié, et le deuxième alinéa de l'article 1710 dit: "Néanmoins si le mandat est gratuit, le tribunal peut mitiger la "rigueur de la responsabilité résultant de la négligence ou de la "faute du mandataire, suivant les circonstances" (5).

Il est évident que celui qui rend un service gratuit ne doit pas être traité avec la même rigueur que celui qui touche un salaire. Tous deux doivent, sans doute, apporter à leur gestion les soins d'un bon père de famille, mais lorsqu'il s'agit d'infliger à l'un ou à l'autre la peine de sa négligence, le tribunal exerce un pouvoir discrétionnaire en déterminant les faits qui donnent lieu à responsabilité, ou en mitigeant la condamnation lorsque le mandataire a prêté ses services gratuitement, le tout suivant les circonstances de l'espèce. On appliquera la même règle dans le cas d'exécuteurs testamentaires et autres administrateurs.

Ajoutons que l'ignorance ou l'impéritie du mandataire n'est pas une excuse, car il aurait dû refuser un mandat qui dépassait ses forces (6).

Mais notre article nous commande d'avoir égard aux circonstances. Ainsi, comme le dit Pothier (no 49), si le mandataire peu habile, loin de s'offrir de lui-même, a cédé aux instanaces du mandant qui ne pouvait trouver personne qui voulût s'occuper de l'affaire, on ne doit pas exiger de lui d'autre habileté que celle dont il est capable.

Je puis citer deux décisions où il a été question de la responsabilité du mandataire qui reçoit de son mandant une somme d'argent pour le remettre à un tiers afin d'éteindre une obligation du mandant vis-à-vis ce tiers.

La première, rendue dans la cause de *Dulac* v. *Bolduc* (14 R. L. 359 et 8 L. N. 370), décrète que, si l'obligation porte intérêt à un taux élevé, le mandataire doit faire diligence pour exécuter son mandat; sans quoi, il sera tenu lui-même au paiement de cet intérêt pour le temps qu'il aura négligé de faire telle remise.

(5) Le deuxième alinéa de l'article 1992 C. N. est au même effet.

(6) **Pothier, n° 48; Paul Pont, *Petits contrats*, t. 1er, n° 1000.**

Mais, si le mandataire, pendant le temps nécessaire pour trouver le créancier, dépose l'argent dans une banque jouissant alors de la confiance publique, il n'est pas responsable de la perte causée par la faillite subséquente de la banque, avant qu'il ait pu exécuter son mandat: *Tempest* v. *Bertrand,* Taschereau, J. (R. J. Q., 19 C. S., 365; 7 R. de J. 129).

Le juge Pagnuelo a également, dans deux causes différentes, celle de *La Banque d'épargne de la cité et du district de Montréal* v. *Geddes* (M. L. R. 6 C. S. 243; 10 R. L. 684 et 13 L. N. 267), et celle de *McDonald* v. *Rankin* (M. L. R. 7 C. S. 44: 14 L. N. 74 et 35 L. C. J. 220), établi la responsabilité des directeurs d'une banque ou autre corporation à raison de pertes causées par leur mauvaise administration.

Et, plus particulièrement, quant à la responsabilité d'un président de banque, on pourra consulter les décisions de nos cours et du conseil privé dans la cause de *Préfontaine* v. *Grenier,* 1907, A. C., 101.

Je n'entrerai pas davantage dans le détail des espèces qui peuvent se présenter dans la pratique (7). Deux solutions, cependant, peuvent être mentionnées.

On sait que, dans le cas du mandataire, comme de tout autre débiteur, le cas fortuit, qui a empêché l'exécution de son obligation, est une cause d'extinction de cette obligation. Supposons maintenant que le mandataire, se trouvant en présence d'un événement ayant le caractère d'un cas fortuit, et ne pouvant sauver la chose du mandant qu'en sacrifiant la sienne, a sauvé sa chose au lieu de celle du mandant. Pourra-t-il dans ces circonstances opposer le cas fortuit au mandant?

La raison de douter, c'est que, dans un cas analogue, l'article 1768, au titre *Du prêt,* rend l'emprunteur, qui a sauvé sa chose de préférence à celle du prêteur, responsable de la perte.

Mais on reconnaît assez généralement que l'on ne peut éten-

---

(7) M. Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, nos 595 et suiv., donne une énumération assez longue des espèces qui ont été résolues en France.

dre cette disposition à d'autres contrats que le prêt, et qu'elle serait inapplicable au dépôt ou au mandat. Il n'y a pas lieu, à cet égard, à distinguer entre le mandat salarié et le mandat gratuit, ni de tenir compte de la valeur relative de la chose du mandataire et de celle du mandant (8).

Une autre espèce peut donner lieu à difficulté. Un mandataire, chargé de percevoir une somme d'argent et de la remettre au mandant, commet-il une faute en lui en faisant la transmission par simple lettre, ou même par lettre recommandée, au lieu de choisir la voie plus sûre, mais plus coûteuse, du mandat de poste? On décide en France que, à moins d'un usage contraire entre les parties, le mandataire est obligé de recourir au mode de transmission le plus sûr (9).

III. Du cas où plusieurs mandataires ont été chargés de la même affaire. — Nous rencontrons ici une différence essentielle entre notre droit et le droit français moderne. Aux termes de notre article 1712, "lorsqu'il y a plusieurs mandataires établis "ensemble pour la même affaire, ils sont responsables solidaire-"ment des actes d'administration les uns des autres, à moins

(8) M. Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 606.

(9) Le même auteur, n° 610. Dans notre jurisprudence, on a décidé que le débiteur est responsable de la perte d'une somme d'argent qu'il avait envoyée à son créancier par lettre recommandée : *Bergeron* v. *Gélinas*, Bourgeois, J., R. J. Q., 15 C. S., p. 346. Dans l'espèce le créancier avait demandé à son débiteur de lui envoyer cette somme, sans cependant indiquer le mode de transmission.

Cependant, le juge Curran a jugé, dans la cause de *Litman* v. *La Banque d'épargnes* de la cité et du district de Montréal (R. J. Q. 13 C. S., 262), qu'une banque, qui reçoit un billet en collection et qui, dans le cours ordinaire des affaires, le met entre les mains d'un agent solvable, n'est pas responsable de la perte de ce billet dans sa transmission par la poste; et qu'à tout événement, l'offre de la banque de donner caution aux faiseurs et endosseur, qu'ils ne seraient pas troublés, s'ils payaient le billet, suffit pour la dégager de toute autre responsabilité.

"d'une stipulation contraire." C'est le principe contraire que consacre l'article 1995 du code Napoléon en décrétant que "quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis "par le même acte, il n'y a solidarité entre eux qu'autant qu'elle "est exprimée."

Ainsi, dans le cas de plusieurs mandataires établis par le même acte pour la même affaire, la solidarité a lieu dans notre droit, à moins d'une stipulation contraire, et elle ne peut, sans une stipulation expresse, être invoquée en France.

Notre article est conforme à la doctrine traditionnelle. On donne l'article 1995 du code Napoléon comme étant une conséquence de l'article 1202 du même code (notre article 1105) qui porte que la solidarité ne se présume pas, mais doit être expressément stipulée, sauf dans les cas où elle a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi. Mais précisément, on refusait, dans l'ancien droit, d'étendre cette règle tirée de la novelle 99 au cas du mandat (10), et nous pouvons dire que la solidarité est *légale* ici, et non pas *conventionnelle,* puisqu'elle existe en vertu d'une disposition expresse de la loi.

Je puis ajouter, à titre de renvoi, que j'ai appliqué la règle de l'article 1712 au cas de plusieurs exécuteurs-testamentaires dont les fonctions n'ont pas été divisées (voy. mon tome 4, p. 457 et suiv.). C'est d'ailleurs ce qu'a jugé l'honorable juge Casault, dans la cause de *Hoffman* v. *Pfeiffer* (7 Q. L. R. 125 et 4 L. N. 248), en décidant que des exécuteurs-testamentaires conjoints, qui ont pris indivisément possession des biens de la succession, non seulement doivent rendre un seul et même compte, mais sont solidairement tenus au paiement du reliquat.

Une décision intéressante a aussi été rendue par le juge Loranger, dans la cause de *Julien* v. *Prévost* (8 L. N. 143) ; il y a jugé que deux avocats, qui pratiquent leur profession en société, sont conjointement et solidairement responsables à l'égard d'un client qu'ils ont représenté *ad litem* et pour le compte duquel

---

(10) Voy. Pothier, *Mandat*, n° 65.

l'un des associés a perçu une somme d'argent, quand même cette somme aurait été reçue après la reddition du jugement dans la cause où ils occupaient.

IV. De la substitution d'un mandataire. — Le code envisage ici un cas spécial pour en expliquer les conséquences quant à la responsabilité du mandataire. Celui-ci, ne pouvant ou ne voulant exercer lui-même la gestion qu'il avait acceptée, en charge une autre personne. Quelle est, dans ce cas, la responsabilité du mandataire?

Il semble pourtant qu'une question préliminaire s'imposait : le mandataire peut-il, sans le consentement du mandant, se substituer un autre mandataire? Cette question, le code ne l'a point résolue formellement. Pothier (11), envisageant le cas où la procuration ne permet ni ne défend expressément au mandataire de se substituer une personne, résoud la difficulté au moyen d'une distinction. Si, dit-il, l'affaire est de nature à exiger une certaine prudence, une certaine habileté, on ne doit pas présumer que le mandant, qui en a confié la gestion au mandataire par la confiance qu'il avait en sa prudence et en son habileté, ait voulu lui permettre de se substituer un autre pour la faire. Et il cite, comme exemple, le mandat donné à un avocat de transiger avec une partie avec qui le mandant a un procès. Mais, ajoute Pothier, si l'affaire ne requiert aucune habileté, comme le mandat d'acheter une chose, et qu'il soit indifférent au mandant qu'elle soit faite par le mandataire ou un autre, le mandant doit en ce cas être présumé avoir laissé à son mandataire le pouvoir de se substituer une autre personne pour exécuter le mandat.

Les codificateurs disent s'être inspirés de la doctrine de Pothier et aussi de celle de Troplong, laquelle, cependant, est restée isolée dans la doctrine française. Ils ont donné à l'article 1711 la rédaction suivante :

(11) N° 99.

1711. "Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué "dans l'exécution du mandat, lorsqu'il n'est pas autorisé à ce "faire; et le mandant peut, s'il est lésé par suite de cette substi-"tution, répudier les actes du substitué.

"Le mandataire est également responsable, lorsqu'il a le pou-"voir de substituer sans désignation de la personne substituée, "s'il se substitue une personne notoirement incapable.

"Dans tous ces cas le mandant a une action directe contre la "personne que le mandataire s'est substituée."

L'article 1994 du code Napoléon ne tranche pas la question de savoir si le mandataire peut, sans y être autorisé par la procuration, se substituer une autre personne. Il implique même que cette substitution peut se faire, et on enseigne, en effet, que lorsque la procuration ne confère pas le pouvoir de substitution au mandataire, celui-ci peut cependant, mais à ses risques et périls, se substituer un autre mandataire. Sauf, toutefois, que notre article permet au mandant, qui n'a pas autorisé la substitution, de répudier les actes du substitué, lorsqu'il en est lésé, ce que ne mentionne pas l'article 1994 du code français, les deux dispositions sont au même effet.

Il faut donc tenir que, sous notre code, le mandant qui n'a pas permis la substitution, peut répudier les actes préjudiciables du substitué, et, partant, tenir la substitution pour non avenue. Si le substitué a utilement géré l'affaire confiée au mandataire, le mandant serait sans intérêt, et partant, sans droit, à désavouer ses actes.

Et quant à la responsabilité du mandataire, il est clair qu'il répond de tous les actes du substitué, lorsqu'il a fait la substitution sans autorisation. Et le pouvoir général de substitution, sans désignation de personne, n'empêchera pas qu'il en soit responsable lorsqu'il se substitue une personne notoirement incapable. Si le mandant lui a indiqué la personne qu'il pouvait se substituer, le mandataire ne sera pas responsable des actes du substitué, à moins, toutefois, que la condition de cette personne, à la connaissance du mandataire, ne se trouve notablement chan-

gée depuis la procuration (12). Ainsi, le mandataire ne serait pas écouté à dire qu'il s'est substitué la personne même que le mandant lui avait indiquée, si cette personne, solvable lors de la procuration, est depuis tombée en déconfiture notoire.
tution de mandataire, le mandant, bien entendu, n'est pas lié
tution de mandataire, le mandant, bien entetndu, n'est pas lié par les actes du substitué, car en faisant la substitution le mandataire a violé la loi du mandat. Pour cette raison même le mandataire doit être traité avec la plus grande rigueur, et il répondra même du cas fortuit qui a empêché le substitué d'exécuter le mandat, si ce cas fortuit ne l'aurait pas également empêché de gérer l'affaire qui lui était confiée.

La substitution de mandataire produit entre le mandataire et le substitué tous les effets du mandat; car ce n'est qu'un sous-mandat. Entre le mandant et le substitué, elle a l'effet, d'après la disposition formelle de l'article 1711, d'accorder au mandant une action directe contre la personne substituée. Sans cette disposition, le mandant n'aurait pu recourir contre le substitué qu'en exerçant l'action du mandataire en vertu de l'article 1031. L'action directe, comme notre article le dit du reste, appartient au mandant dans tous les cas, même lorsqu'il n'a pas autorisé ou qu'il a même interdit la substitution. Et en l'exerçant, le mandant ne devient pas nécessairement responsable des actes du substitué, en d'autres termes, il ne ratifie pas la substitution (13), mais il oblige le substitué à lui rendre compte de la mission que le mandataire lui a confiée sans droit. Ainsi, tout en répudiant les actes du substitué, le mandant peut lui demander compte des deniers qu'il a reçus en vertu du sous-mandat.

---

(12) Cette dernière conséquence n'est pas indiquée par l'article 1711, mais elle découle, à mon avis, du principe que le mandataire doit apporter à l'exécution du mandat tous les soins d'un bon père de famille.

(13) On voit que son action diffère de celle qu'il lui aurait fallu exercer en vertu de l'article 1031, si le dernier alinéa de l'article 1711 n'existait pas, car dans ce cas il aurait exercé l'action du mandataire, tandis que l'article 1711 lui accorde une action distincte de celle du mandataire.

Envisageant maintenant les rapports entre le substitué et les tiers et entre ces derniers et le mandant, je puis dire que le mandant, qui répudie les actes du substitué, ne sera nullement lié envers ces tiers. Cependant, lorsque la substitution de mandataire était permise ou a été ratifiée par le mandant, celui-ci aurait une action contre les tiers avec qui le substitué a traité au nom du mandant. Si, au contraire, il a traité au nom du mandataire, il est difficile de concevoir en vertu de quel principe le mandant pourrait agir contre les tiers sans une cession de l'action du mandataire contre eux (14).

Quelquefois, le pouvoir de nommer un sous-mandataire découle des termes de la procuration écrite, selon les lois du pays où elle a été donnée; telle a été la décision du conseil privé dans la cause de *The Quebec Richmond Railway Co.* v. *Quinn* (Beauchamp, C. P. 662).

Cependant, la nomination d'un agent local d'une compagnie d'assurance contre le feu, est, de sa nature, personnelle; et cet agent ne peut déléguer son autorité à un sous-agent ni lier son principal par l'intermédiaire de celui-ci, ainsi que la cour suprême l'a jugé dans la cause de *The Canadian Fire Insurance Company* v. *Robinson* (31 Supreme Court Reports 488), suivant en cela une décision antérieure rendue par la même cour, dans la cause de *Summers* v. *The Commercial Union Assurance Company* (6 Supreme Court Reports, 19).

Si des marchandises, expédiées par une ligne de paquebots de Glasgow à Montréal, sont transportées de Portland à Montréal par une compagnie de chemin de fer, l'expéditeur a une action directe contre cette dernière pour non-livraison: c'est ce que le juge McCord a décidé, dans la cause de *Behan* v. *The Grand Trunk Railway Company* (11 Q. L. R. 60 et 8 L. N. 188).

Il a été jugé, dans la cause de *McDonald* v. *Rankin* (M. L. R. 7 S. C. 44; 14 L. N. 74 et 35 L. C. J. 220), que, bien que les directeurs d'une banque puissent employer des assistants pour les

(14) **Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 921.**

aider dans leur administration financière, ils ne sont pas moins responsables de la faute et de la mauvaise conduite de ceux qu'ils emploient ainsi, à moins qu'ils ne puissent établir que les actes dommageables n'auraient pu être prévenus par l'exercice d'une diligence raisonnable de leur part.

La cour d'appel, dans la cause de *Ouimet* v. *Verville* (1 D. C. A. 66; 10 L. C. J. 132), a jugé que le secrétaire-trésorier d'une commission scolaire n'est pas responsable de la perte d'une somme d'argent qu'il aurait remise au président des commissaires et qui aurait été volée sur la personne de ce dernier. Mais une décision contraire paraît avoir été rendue antérieurement dans la cause de *La corporation de Melbourne et Brompton-Gore* v. *Main* (11 L. N. 394) ; il y a été jugé que le secrétaire-trésorier d'une corporation municipale, ne pouvant se dessaisir des argents perçus par lui que de la manière prévue par la loi, doit rendre compte même de ceux qu'il aurait remis au maire pour les sauvegarder. Mais sur action en recouvrement par ce secrétaire-trésorier contre le maire, ce dernier a été tenu responsable et condamné au remboursement, malgré qu'il eût remis l'argent à son successeur en office, vu qu'il n'avait pas été prouvé que cette remise avait été faite du consentement ou à la demande du secrétaire-trésorier: *Main* v. *Wilcox* (M. L. R. 4 S. C. 238 et 12 L. N. 3).

Enfin, la cour suprême a jugé, dans la cause de *Gemley* v. *Low* (11 L. N. 290; M. L. R. 4 C. S. 92; M. L. R. 5 B. R. 186; 13 L. N. 2; 35 L. C. J. 171; 21 R. L. 44 et 18 Supreme Court Reports 685), que l'article 1711 C. C. ne s'applique pas, lorsqu'il s'agit de la responsabilité de l'exécuteur testamentaire (15).

§ II. — *De l'obligation du mandataire de rendre compte.*

La conséquence naturelle de l'obligation assumée par le mandataire de gérer l'affaire du mandant, c'est l'obligation de rendre compte à ce dernier de la gestion qu'il a entreprise. Cette

(15) Je puis renvoyer ici à mon tome 4, p. 476.

obligation est donc de la nature du mandat et n'a pas besoin d'être exprimée. L'article 1713 l'énonce, en indiquant sommairement ce que le compte doit contenir. Voici le texte de cet article :

1713. "Le mandataire est tenu de rendre compte de sa ges-"tion, et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu "sous l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était "pas dû au mandant ; sauf néanmoins son droit de déduire "du montant, ses déboursés et son dû à raison de l'exécution du "mandat. Si ce qu'il a reçu était une chose déterminée, il a "droit de la retenir jusqu'au remboursement."

Constatons d'abord que cet article est bien plus complet que l'article 1993 du code Napoléon, lequel ne fait que décréter que le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

Notre article consacre cette obligation en même temps qu'il reconnaît au mandataire le droit de déduire ses déboursés et son dû des sommes dont il est réliquataire, ou, s'il a reçu une chose déterminée, de retenir cette chose jusqu'au remboursement. J'expliquerai en quelques mots ces obligations comme ces droits du mandataire.

I. De l'obligation du mandataire de rendre compte. — J'ai dit que cette obligation est de la nature du mandat. Elle n'a donc pas besoin d'être stipulée et on l'aurait imposée au mandataire en l'absence, au code, d'une disposition formelle.

Mais l'obligation du mandataire de rendre compte est-elle de l'essence du mandat, de telle sorte que le mandataire ne puisse en être exempté sans changer le contrat même?

Il est évident que cette obligation peut être modifiée par la convention des parties, et que le mandataire peut être autorisé à ne présenter qu'un compte sommaire, sans pièces justificatives. Une telle stipulation autorisera le mandataire à rendre

un compte moins détaillé que le compte voulu par la loi. Le mandant aura bien le droit de contester ce compte, mais il ne pourra exiger que le mandataire apporte une preuve écrite de toutes ses dépenses.

Ainsi, la cour suprême, dans la cause de *Gillespie* v. *Stephens* (10 L. N., 362, 371; M. L. R., 3 Q. B. 167; 14 Supreme Court Reports 709), a jugé que le mandant et son mandataire, ayant tous deux le plein exercice de leurs droits, peuvent convenir à l'amiable que la reddition de compte ne devra pas être accompagnée des pièces justificatives ni d'aucune formalité; et que, si le mandant y découvre plus tard quelques erreurs ou omissions, son seul recours contre le mandataire est une action *en redressement de compte.*

Nous trouvons encore que la cour de révision, dans la cause de *Carreau* v. *Bonneau* (R. J. Q. 3 C. S. 282), a décidé que le mandant, qui a accepté un compte verbal à l'amiable, avec remise de pièces justificatives, ne peut ensuite exiger un compte régulier; et que, au cas d'erreur, la seule action qui lui appartienne est l'action en réformation de compte (16).

Cependant, la question que nous nous sommes posée envisage l'hypothèse d'une dispense absolue de rendre compte. Et il s'agit de rechercher, non pas si une telle convention est licite, car il est évident qu'elle ne blesse ni l'ordre public ni les bonnes mœurs, mais si elle répugne tellement à l'essence du mandat que le contrat ne sera plus un mandat mais un contrat d'un autre genre.

Jai rencontré une question semblable lorsque j'ai expliqué l'article 916, aux termes duquel le testateur peut limiter l'obligation qu'a l'exécuteur testamentaire de faire inventaire et de rendre compte de sa gestion, ou même l'en dispenser entièrement. Et l'article 916 ajoute que cette décharge n'emporte pas

(16) Dans le même sens, voy. la décision de la cour d'appel dans la cause de *Beaudry* v. *Prévost*, 27 novembre 1902, confirmant la décision du juge Langelier, R. J. Q., 22 C. S. 32.

celle de payer ce qui lui reste entre les mains, à moins que le testateur n'ait voulu lui remettre la disposition des biens sans responsabilité, le constituer légataire, ou que les termes du testateur ne comportent autrement la décharge de payer.

Cette disposition me permettra de répondre à la question posée plus haut. Elle est une conséquence de la liberté de tester, et nous pouvons admettre la même solution dans le cas du mandat, comme étant la conséquence de la liberté des conventions, et cela sans que le contrat cesse d'être un contrat de mandat.

Il n'est pas douteux donc que le mandant peut dispenser le mandataire de l'obligation de rendre compte. Cette dispense seule, je puis le dire par application du principe de l'article 916, n'emportera pas, pour le mandataire, le droit de garder pour lui les sommes qu'il a reçues pour le mandant, car alors il s'enrichirait aux dépens de celui-ci. Mais le mandant peut aller plus loin et permettre au mandataire de conserver ce qui lui restera entre les mains après l'accomplissement du mandat. Il y aura alors libéralité — comme en pareil cas il y a legs en faveur de l'exécuteur testamentaire — et le mandant devra avoir la capacité, non seulement de constituer un mandataire, mais encore de lui faire une donation. Toutefois, et puisqu'il y a libéralité, je crois que le contrat ne devra plus être envisagé comme un mandat, mais comme une donation déguisée ou indirecte, ou du moins comme un contrat *sui generis* renfermant à la fois une donation et un mandat.

II. Des choses dont le mandataire est comptable. — La disposition de l'article 1713 ne donne lieu, à cet égard, à aucune équivoque. Le mandataire doit remettre au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité du mandat ; il lui est de plus comptable de ce qu'il aurait dû percevoir (art. 569 C. P. C.). Le mandataire n'a pas à se demander si ce qu'il a reçu était réellement dû au mandant ; quand même il aurait la preuve que le mandant n'était pas créancier des sommes qu'il a reçues, il suffit que le mandataire les ait touchées au nom du

mandant pour qu'il soit tenu de les lui remettre. Le véritable créancier, c'est-à-dire celui qui a payé par erreur, exercera alors l'action en répétition de deniers contre le mandant (17). Toutefois, si par erreur de calcul le débiteur a versé entre les mains du mandataire une somme plus forte que celle qu'il entendait payer, on enseigne que le mandataire n'est pas tenu de remettre l'excédent au mandant (18) ; c'est au débiteur qu'il devrait le rembourser.

Le mandataire doit remettre au mandant les profits illicites qu'il a faits sous l'autorité d'un mandat licite (19), mais si le mandat lui-même était illicite, comme le mandat de jouer à la bourse, le mandant n'aurait pas d'action pour réclamer les profits réalisés par le mandataire, pas plus que celui-ci ne pourrait répéter ses déboursés (20).

Il convient de citer ici quelques arrêts de nos tribunaux.

Dans la cause d'*Archambault* v. *Pressault* (6 R. de J. 47), le juge Taschereau a jugé qu'il n'y a lieu à l'action en reddition de compte que si le mandant n'a pas entre les mains les pièces nécessaires pour pouvoir demander une condamnation déterminée contre son mandataire; autrement le mandant pourrait intenter une action directe contre ce dernier pour tel montant déterminé.

La même action directe peut être exercée par le mandant con-

---

(17) Il pourrait exercer cette action contre le mandataire si celui-ci a encore entre les mains les sommes indûment payées. Il conviendrait alors de joindre le mandant au procès.

(18) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 678.

(19) On en trouvera un exemple dans la cause de *Sénécal* v *Thompson* (R. J. Q., 3 B. R., 455, et R. J. Q., 3 C. S., 297), où un employé de l'imprimerie nationale fut condamné à remettre au gouvernement des pots-de-vin qui lui avaient été payés par des entrepreneurs à qui il avait fait donner des contrats. De même il a été jugé, dans la cause de *Martel* v. *Pageau* (R. J. Q., 9 C. S., 175), qu'un agent d'immeubles est tenu de rembourser à son principal le profit illégal qu'il a fait à son insu dans un échange de propriété.

(20) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 454.

tre son mandataire, dans le cas d'argents perçus par ce dernier et non remis au mandant, sans qu'il soit besoin de recourir à l'*actio mandati*: *Joseph* v. *Phillips, cour d'appel* (19 L. C. J. 162; 15 L. C. J. 335; 16 L. C. J. 104; 4 R. L. 71; 18 R. L. 645, 650; 21 R. L. 354; 3 R. C. 781). Voy. aussi *O'Brien* v. *Brodeur* (R. J. Q. 10, C. S. 155). Le contraire cependant a été jugé par le juge Choquette, dans la cause de *Reid* v. *Black* (5 R. de J. 106).

Dans une ancienne cause de *Dubord* v. *Roy* (1 R. de L. 352), on a admis l'action en reddition de compte dirigée contre un agent d'élection.

Les mandataires, chargés par les créanciers de personnes insolvables de la liquidation de leurs affaires, doivent rendre compte à leurs mandants, même au cas où ils établiraient avoir vendu l'entreprise à l'un des insolvaables, qui lui-même aurait assumé le paiement des dettes, sauf à déterminer plus tard la responsabilité des mandataires: *Torrance* v. *Chapman,* Berthelot, J. (6 L. C. J. 32; 10 R. J. R. 76, 526).

Je puis encore citer l'arrêt rendu dans la cause de *Granger* v. *David* (13 L. N. 307) : il y a été décidé qu'une personne qui se chargeait de vendre des billets de concert pour un autre doit en rendre compte, en remettant la valeur en argent ou les billets non-vendus, excepté s'il y a eu perte par force majeure. Il n'y a là rien qui ne soit très évident.

Les questions de fait et de droit, qui ont été discutées par la cour suprême, dans la cause de *Dorion* v. *Dorion* (20 Supreme Court Reports, 15 L. N. 169 et 18 R. L. 645), sont trop complexes pour être énumérées ici; il suffit de signaler cet arrêt qui se rapporte plus spécialement au règlement et à la décharge qui peuvent intervenir entre le mandant et le mandataire.

Enfin l'on a décidé qu'il y a lieu à reddition de compte dans le cas où le demandeur allègue avoir été employé par le défendeur pour l'assister dans la perception de certaines sommes d'argent dues à ce dernier, le demandeur ayant droit à une certai-

ne commission sur les montants ainsi perçus : *Brunet* v. *La Banque Nationale* (R. J. Q. 12 C. S. 287; 4 R. L. N. S. 78 et R. P. Q. 365); *Michaud* v. *Vézina* (6 Q. L. R. 353; 4 L. N. 157).

Quant au droit de rétention qui appartient au mandataire jusqu'au remboursement de ce qui peut lui être dû à raison de l'exécution du mandat, la jurisprudence nous offre quelques arrêts d'espèce.

Celui qui nourrit un cheval, en prend soin et le dresse pour la course, a, sur ce cheval et les objets à son usage, tels que harnais, licou, etc., un droit de rétention pour sûreté du paiement de ce qui lui est dû. *Brazier* v. *Léonard* (M. L. R., 1 C. S., 419; 8 L. N., 340).

Un notaire, agissant comme mandataire d'une partie et qui reçoit un chèque pour elle, a droit d'être payé de ses honoraires et des déboursés par lui faits dans l'exécution de son mandat, avant d'être tenu de remettre ce chèque: *Gibsone* v. *Tessier*, cour d'appel (19 R. L., 494).

Citons enfin l'arrêt du conseil privé, confirmant la décision de la cour d'appel, dans la cause de *Eddy* v. *Eddy* (R. J. Q. 7 B. R. 300; L. R. 1900 P. C. 299), où on a jugé que le mandataire, qui a eu l'administration de propriétés productives de fruits et revenus qu'il a perçus, pendant nombre d'années, doit en rendre compte, avant de pouvoir réclamer les déboursés qu'il a faits au cours de sa gestion.

Dans le même ordre d'idées la cour d'appel a jugé, dans la cause de *Violett* v. *Sexton* (R. J. Q., 14 B. R. 360), que l'agent à Montréal d'une maison de courtage de New-York ne pouvait réclamer son salaire avant de rendre compte à ses mandants des opérations qu'il avait faites en leur nom.

Je puis également citer la cause de *Sheffield* v. *Lighthall*, R. J. Q., 16 B. R. 361, où, malgré un règlement intervenu entre un mandant et un mandataire, par lequel celui-ci retenait une somme de deniers en paiement de ses services, sans qu'il eût présenté aucun compte détaillé au mandant, la cour d'appel a maintenu

l'action du mandant, demandant le remboursement d'une partie de la somme ainsi retenue par le mandataire.

Le mandataire ne doit pas seulement remettre au mandant les sommes capitales qu'il a reçues pour lui, mais, en certains cas, il devra lui payer l'intérêt sur ces sommes. Ainsi, s'il emploie les deniers du mandant à son usage, il en devra les intérêts à compter de l'emploi. Il doit pareillement les intérêts sur le reliquat de compte, c'est-à-dire sur la somme qu'il se trouve à devoir au mandant après déduction de ses déboursés et de son dû. C'est la disposition de l'article 1714, qui se lit comme suit:

1714. "Il doit l'intérêt sur les deniers du mandant qu'il em-"ploie à son usage, à dater de cet emploi, et aussi sur le reliquat "de compte, à compter du jour qu'il est mis en demeure" (21).

Il ne suffit pas que le mandataire ait touché une somme d'argent pour le compte du mandant pour qu'on puisse lui en charger les intérêts, il faut de plus qu'il ait détourné cette somme à son propre usage. Et en cela, il n'y a pas à distinguer selon qu'on lui a payé une somme capitale pour le mandant ou seulement des intérêts; ces intérêts porteront eux-mêmes intérêt si le mandataire les a employés à son usage (22).

Indépendamment de ce détournement, le mandataire ne doit les intérêts que sur le reliquat de compte, et cela seulement à

---

(21) L'article 1996 du code Napoléon est au même effet. Notre article a été appliqué dans la cause de *Bachand* v. *Bisson*, 12 R. L., 11.

(22) Le juge Curran a jugé, dans la cause de *Chartrand* v. *Berger* (7 R. de J., 207), que si, lors de la dissolution d'une société, une somme est laissée entre les mains de l'un des associés pour régler une réclamation qui est alors en contestation devant les tribunaux sans aucune entente entre les parties sur la question de savoir si cette somme porterait intérêt, l'associé dépositaire devient le mandataire de ses coassociés, et comme tel, n'a pas le droit de se servir de cette somme pour son usage personnel, et que s'il s'en sert, il doit en payer l'intérêt.

Je puis aussi citer ici la décision rendue dans la cause de *Dulac* v. *Bolduc* (14 R. L., 359 et 8 L. N., 370), déjà rapportée plus haut.

compter de la mise en demeure. Cette mise en demeure se fera d'après les règles que j'ai expliquées ailleurs (23). Une simple action en reddition de compte ne constituerait pas une mise en demeure de manière à faire courir les intérêts sur un reliquat dont le montant ne sera déterminé qu'après le jugement rdonnant la reddition de compte.

III. Des sommes que le mandataire peut charger au mandant. — Droit de rétention. — Aux termes de l'article 1713, le mandataire a droit de déduire des sommes qu'il a reçues sous l'autorité du mandat, ses déboursés et son dû à raison de l'exécution du mandat. Et cet article ajoute que si ce qu'il a reçu est une chose déterminée, il a droit de la retenir jusqu'au remboursement.

On reconnaît, en France, le droit du mandataire de porter en dépense le montant de ses déboursés et de son salaire si le mandat est rémunéré. Il y a controverse, au contraire, sur la question de savoir s'il a un droit de rétention (24). Dans notre droit, nous l'avons vu, cette question est tranchée par un texte formel.

Comme il s'agit surtout dans cette section des obligations du mandataire envers le mandant, il suffira d'indiquer ce droit du mandataire de charger ses dépenses et son dû dans le chapitre des dépenses du compte qu'il est obligé de rendre au mandant; je reviendrai sur ce sujet lorsqu'il s'agira des obligations du mandant envers le mandataire.

Section II. — Des obligations du mandataire envers les tiers.

Nous avons vu que le mandataire n'est qu'un intermédiaire par l'entremise duquel le mandant fait un contrat avec un tiers. Donc, les parties au contrat, ce sont le mandant d'un côté et le

(23) Voy. mon tome 5, pp. 409 et suiv.

(24) D'après l'opinion générale, cependant, le mandataire a ce droit de rétention. Comp. Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 763.

tiers de l'autre. Pour la même raison, le mandataire, qui oblige son mandant, ne s'oblige nullement vis-à-vis du tiers avec qui il traite. Mais deux conditions sont exigées pour que le mandataire puisse réclamer cette immunité: 1o il faut qu'il ait agi au nom du mandant et non pas en son propre nom; 2o il faut qu'il n'ait pas excédé les bornes de son mandat.

C'est ce que décrète l'article 1715 en ces termes:

1715. "Le mandataire agissant au nom du mandant et dans "les limites de son mandat n'est pas responsable personnellement "envers les tiers avec qui il contracte, excepté dans le cas du fac- "teur ci-après spécifié en l'article 1738, et dans le cas de con- "trats faits par le maître pour l'usage de son bâtiment (25).

Il n'est pas nécessaire de nous occuper des deux exceptions que mentionne notre article: il sera question du facteur plus loin, et le cas du maître qui fait des contrats pour l'usage de son bâtiment relève plutôt du droit maritime que du droit civil.

Donc, la première condition exigée pour que le mandataire n'engage pas sa responsabilité à l'égard du tiers avec qui il traite, c'est qu'il ait agi au nom du mandant, car alors c'est ce mandant qui contracte par son entremise.

Si, au contraire, tout en restant dans les bornes de sa procu-

---

(25) Il n'y a pas d'article correspondant au code Napoléon. Le juge Andrews, dans la cause de *Thérien* v. *Brodie* (R. J. Q., 4 C. S., 23), a clairement défini la responsabilité des directeurs et des actionnaires d'une compagnie à fonds social. En principe général, ils ne sont pas tenus à l'accomplissement des obligations souscrites par la compagnie ou au redressement des torts causés par elle. Pour qu'ils le soient, il faut qu'il y ait faute individuelle, imputable à eux-mêmes personnellement; autrement, il n'y a aucun lien de droit entre les directeurs d'une compagnie et les personnes autres que les actionnaires. Vis-à-vis du public, les directeurs sont purement et simplement dans la position d'un mandataire qui a fait connaître son mandant. Faisant l'application de ces principes, le juge Andrews a décidé, d'après les faits prouvés, que les directeurs n'étaient pas responsables envers la veuve d'un employé, des dommages qu'elle avait soufferts par la mort de son mari causée par l'explosion d'une chaudière par suite de la faute de ceux qui en avaient la charge.

ration, le mandataire a agi en son propre nom, il devient lui-même partie contractante, et, partant, il s'engage envers le tiers avec qui il a ainsi traité.

C'est du reste la disposition de l'article 1716, qui dit que "le "mandataire qui agit en son nom propre est responsable envers "les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits de ces "derniers contre le mandant" (26).

Le tiers, ajoute l'article 1716, a aussi un recours contre le mandant, car, bien que le mandataire ait parlé en son propre nom, il représentait réellement un autre, et c'est cet autre qui l'avait autorisé à faire le contrat. Ajoutons que le mandataire, s'il accomplit l'obligation, peut agir contre le mandant, car, tout en parlant en son nom, il a exercé la gestion qui lui était confiée.

Il va sans dire que le mandant, même lorsque son nom n'a pas été dévoilé, a toujours le droit de prendre une action en son propre nom en vertu d'un contrat fait par son mandataire; ce principe a été reconnu par nos tribunaux dans un grand nombre d'arrêts, dont les principaux sont: *Canada Shipping Co.* v. *The Hudon Cotton Co.* (2 S. C. A. 356; 5 L. N. 309; 3 L. N. 170; 13 Supreme Court Reports 401; 27 L. C. J. 14); *Anchor Marine Ins. Co.* v. *Allen* (13 Q. L. R., 4; 14 R. L. 449; 10 L. N. 199); *Porteous* v. *Reynar* (32 L. C. J. 55; 11 L. N. 9; 13 L. R. A. C. 120; 57 L. J. P. C. 28; 57 L. P. 191; *Beauchamp,* J. P. C. 59); *Jodoin* v. *Desroches* (6 R. de J. 565); *Fortin* v. *Caron* (R. J. Q. 7 C. S. 109) *Booth* v. *Hutchins* (14 L. N. 82); *Wilson* v. *Benjamin* (M. L. R. 5 S. C. 18; L. N. 227); *Huot* v. *Dufresne* (19 R. L. 360); *Molson's Bank* v. *Stoddart* (M. L. R. 6 C. S. 18; 13 L. N. 154); *Mackill* v. *Morgan* (R. J. Q. 3 B. R. 365; 16 L. N. 90; R. J. Q. 7 C. S. 535).

A l'inverse, la cour de révision à Québec, dans la cause de *Meunier* v. *Corporation de Québec* (12 Q. L. R. 134), a jugé qu'un mandant n'a pas, sans le consentement du mandataire, le droit de se servir du nom de ce dernier, dans les recours judiciaires fondés sur des contrats faits au nom du mandataire, et que

(26) Cet article, également, n'existe pas dans le code Napoléon.

le seul droit du mandant, en pareil cas, est de se faire subroger aux droits découlant de ces contrats.

La cour d'appel a aussi jugé, dans la cause de *Duplessis* v. *Dufault* (30 L. C. J. 75), que lorsque le mandataire agit en son propre nom, les exceptions que peuvent lui opposer ceux avec qui il fait affaires, sont opposables au mandant lui-même, lorsque celui-ci demande l'exécution du contrat.

Avant de discuter la question très importante de la responsabilité du mandataire qui excède les bornes de son mandat, il sera utile de faire une courte revue de la jurisprudence sur le recours que les tiers peuvent exercer contre le mandataire qui n'indique pas ou qui n'indique pas suffisamment le nom de son mandant.

Je citerai d'abord la cause de *Lovell* v. *Campbell* (2 L. C. L. J. 131; 11 L. C. J. 317; 13 L. C. J. 238), où il a été jugé que si des personnes, disant agir comme représentants de seigneurs du Bas-Canada, sans toutefois divulguer les noms de ces derniers ni produire leur procuration, ordonnent la confection de certains travaux, ces personnes seront tenues personnellement responsables du paiement du coût de ces travaux.

La cour d'appel a aussi décidé, dans la cause de *Evans* v. *McLea* (1 Q. B. R. 201; 2 L. N. 370; 4 L. N. 76), qu'un agent, qui vend en son propre nom, est personnellement responsable des dommages causés par l'inexécution du contrat, et qu'il est indifférent que les acheteurs aient su que l'agent agissait pour le compte d'une autre personne.

Il s'est aussi soulevé quelques questions de preuve, relativement à l'application du principe énoncé par l'article 1716. Ainsi, la cour de révision a jugé, dans la cause de *Ménard* v. *Leroux* (M. L. R. 3 C. S. 70 et 10 L. N. 171), que, lorsqu'une action est basée sur un écrit du mandataire, ce dernier, pour dégager sa responsabilité, doit prouver que le demandeur savait, lors de la signature de l'écrit, que le défendeur n'agissait que comme l'agent d'une tierce personne.

Une décision dans le même sens a été rendue par le juge Andrews, dans la cause de *Letellier* v. *Boivin* (R. J. Q. 16 C. S.

428) : le savant juge décide que si une personne assume la qualité de mandataire d'une autre, elle doit prouver le mandat; sinon, elle se trouvera obligée d'indemniser les tiers des conséquences qui peuvent résulter de l'absence de telle preuve.

Le juge Wurtele, dans la cause de *Adams* v. *Brunet* (M. L. R. 6 C. S. 241), a tenu le mari responsable de l'achat de marchandises fait en son nom personnel, mais pour le commerce de sa femme séparée de biens, commerce exercé au domicile commun sous le nom du mari, alors que le vendeur ignorait ces faits.

Mais, d'après le jugement rendu dans la cause de *Depocas* v. *Morse* (R. J. Q. 8 C. S. 286), une femme séparée de biens n'est pas tenue au paiement du prix de marchandises et matériaux ayant servi à la construction d'une bâtisse lui appartenant, si ces marchandises et matériaux ont été fournis à un entrepreneur qui a obtenu des garanties du mari; ce dernier ayant d'ailleurs donné son billet en paiement au fournisseur, qui l'avait accepté.

Il a été aussi jugé par la cour d'appel dans la cause de *Brown* v. *Watmore* (R. J. Q. 3 B. R. 18), qu'un architecte est personnellement responsable du coût de travaux ordonnés par lui et à être exécutés sur trois maisons, formant un bloc, dont l'une était sa propriété, et les deux autres appartenaient à sa sœur, résidant en Irlande.

Le juge en chef, sir Melbourne Tait, dans une cause de *Contant* v. *Denoon* (R. J. Q. 7 C. S. 451) (27), et le juge Davidson, dans une autre cause entre les mêmes parties, rapportée dans le même volume, page 456, ont décidé que si des comptables étant chargés par les créanciers de l'administration des affaires d'un commerçant en difficultés financières mais non encore en faillite, ordonnent par écrit la confection de travaux à être exécutés sur des immeubles appartenant à ce commerçant, par un entrepreneur refusant de les faire sans être garanti, et s'engagent en même temps à lui en payer le coût moitié lors de la complétion des travaux et moitié trois mois après, ces comptables

(27) Ce jugement a été confirmé par la cour de révision le 31 décembre 1894.

sont responsables personnellement du paiement de la valeur de ces travaux, au cas de faillite subséquente du commerçant, même s'ils avaient ajouté, après leur signature, l'indication qu'ils n'étaient que les administrateurs du commerçant.

La cour d'appel a encore décidé dans la cause de *Irwin* v. *Lessard* (17 R. L. 589), que celui qui contracte une obligation au nom d'une compagnie non encore constituée, mais qui doit l'être, est personnellement responsable de l'exécution de cette obligation, si la compagnie la répudie, après sa constitution. Une décision dans le même sens a été rendue par le juge Taschereau, dans la cause de *Pearson* v. *Lighthall* (R. J. Q. 7 C. S. 201).

Nous voyons, dans la cause de *Miro* v. *Gariépy* (7 R. de J. 307), qu'un directeur de théâtre, ayant assumé la qualité de propriétaire, dans un contrat et sur le programme, ne peut répudier cette qualité et alléguer n'être que le mandataire de tierces personnes, à l'encontre d'une action pour salaire intentée par un artiste.

Enfin, un arrêt intéressant a été rendu par le juge Taschereau, dans la cause de *Ethier* v. *Pilon et al* (7 R. de J. 97) : il y a été jugé que le mandant qui consent que son mandataire prenne la qualité de créancier personnel dans un acte d'obligation, quoique les deniers prêtés appartiennent réellement au mandant et non au mandataire, confère à ce dernier, vis-à-vis des tiers, tous les droits que lui donne son titre apparent, et fait entrer dès lors dans le patrimoine du mandataire, pour le bénéfice des créanciers de ce dernier, la créance énoncée au titre; dans ce cas, le mandat, même connu des tiers, est censé ne pas exister à leur égard, et ne règle que les relations entre le mandant et le mandataire.

Souvent il y a lieu à l'appréciation des circonstances qui entourent les actes d'un mandataire: ainsi, le juge Taschereau a jugé, dans la cause de *Starr* v. *McDonald* (4 L. N. 301), l'espèce suivante. Le défendeur avait écrit une lettre au demandeur l'informant qu'à une assemblée d'une union protestante, une résolution avait été passée autorisant un nommé M. à ouvrir un compte chez le demandeur pour le louage d'un cheval et d'une

voiture, et déclarant que le compte serait payé par les syndics. La lettre était signée du nom seul du défendeur, sans aucune restriction. Le demandeur poursuivit le défendeur personnellement, mais il fut jugé que, d'après les termes de la lettre, ce dernier n'était pas responsable.

Nous voyons aussi que, par un jugement du juge Mathieu, rendu dans la cause de *Cartier* v. *Leprohon* (12 R. L. 377; 18 R. L. 589; 33 L. C. J. 211), le député-coroner qui, dans une enquête, emploie un sténographe, n'est pas responsable personnellement pour le paiement des honoraires de ce dernier.

Puisque le mandataire est responsable envers les tiers lorsqu'il a agi en son propre nom, il s'ensuit qu'il peut lui-même poursuivre l'exécution du contrat, ce qui lui serait impossible s'il avait contracté au nom du mandant. Il en est de même du prête-nom qui, dans un sens, est un mandataire, mais qui contracte toujours en son nom. Il a prêté son nom au mandant pour les fins du contrat, et le mandant peut se servir de ce nom dans les poursuites qu'il porte contre les tiers, mais le tiers peut opposer au prête-nom toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au mandant si celui-ci eût été en cause.

La seconde condition de l'immunité du mandataire est plus importante encore, car, si elle manque, le mandataire n'aura même pas un recours en indemnité contre le mandant. Il faut que le mandataire n'excède point les bornes de son mandat. Et s'il les excède, il demeurera seul responsable, à moins, nous le verrons plus tard, de ratification du mandant, et cela quoiqu'il ait traité au nom de celui-ci. "Il est responsable de la même "manière", dit l'article 1717, "lorsqu'il excède les pouvoirs con-"tenus en son mandat; à moins qu'il n'en ait donné une con-"naissance suffisante à ceux avec qui il a contracté" (28).

Ainsi il a été décidé, dans la cause de *Graham* v. *Sexton* (12

(28) L'article 1997 du code Napoléon est au même effet, sauf qu'il ajoute que le mandataire qui a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs est responsable pour ce qui a été fait au delà, *s'il s'y est personnellement soumis*, ce qui d'ailleurs va de soi.

R. L. 370), qu'un officier public, qui excède ses pouvoirs, est personnellement responsable des obligations qu'il contracte en sa qualité officielle.

L'on a aussi jugé, dans la cause de *Rocher* v. *Leprohon* (12 R. L. 373; 18 R. L. 589 et L. C. J. 211), qu'un officier-rapporteur est personnellement tenu au paiement du coût des copies de listes électorales qu'il a demandées au régistrateur pour les fins d'une élection, au cas de refus par le gouvernement de les payer.

La cour d'appel a encore décidé, dans la cause de *Quesnel* v. *Béland* (9 L. N. 105 ; 12 Q. L. R., 129), qu'un agent du gouvernement, qui fait connaître sa qualité, n'est responsable que s'il a reçu des fonds pour payer des réclamations du genre de celle qui est poursuivie.

Les curateurs d'une personne insolvable, nommés en vertu d'un acte de composition, lequel ne leur donne pas le droit de tirer ou accepter des effets négociables, sont personnellement et solidairement responsables du paiement des billets qu'ils ont signés en leur qualité de curateurs: ainsi a décidé la cour d'appel dans la cause d'*Archibald* v. *Brown* (24 L. C. J. 85 ; L. N. 43; 22 L. C. J. 126; 1 L. N. 327).

De même le juge Mathieu a jugé, dans la cause de *Poirier* v. *Fulton* (R. J. Q. 4 C. S. 347), que le curateur à une cession de biens, qui intente une procédure avec la permission du juge, mais sans avoir pris l'avis des créanciers ni des inspecteurs, se rend personnellement responsable des frais de cette procédure.

Le même juge a décidé, dans la cause *de Picard* v. *British American Assurance Company* (14 R. L. 136, 318; M. L. R. 2 C. S. 117; 9 L. N. 134), qu'une action en garantie, intentée par un assuré contre l'agent d'une compagnie d'assurance, basée sur le fait que cette compagnie plaidait que l'assuré n'avait pas payé la prime à l'agent, devait être renvoyée, vu que, la qualité de l'agent n'étant pas niée et le fait seul du paiement étant en litige, l'agent ne pouvait être tenu responsable que s'il avait excédé les bornes de son mandat.

Mais observons que le mandataire qui donne au tiers avec qui il traite une connaissance suffisante de son mandat, laisse à celui-ci la responsabilité de décider si la procuration comporte l'autorisation de consentir au contrat au nom du mandant. Alors le tiers, qui se serait trompé dans l'interprétation de la procuration, n'aurait pas de raison d'en chercher querelle au mandataire. D'après l'article 1997 du code Napoléon, pour que le mandataire soit responsable en ce cas, il faudrait qu'il eût personnellement assumé cette responsabilité, en d'autres termes, qu'il eût garanti au tiers la suffisance de ses pouvoirs, ou qu'il se fût porté fort que le mandant ratifierait le contrat. Rien n'empêcherait cette garantie dans notre droit, et alors il n'y aurait qu'à donner effet au contrat, mais on ne la présumerait pas en l'absence d'une stipulation formelle.

On enseigne que c'est au tiers, demandeur en responsabilité contre le mandataire, à prouver que celui-ci ne lui a pas donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs (29).

C'est principalement une question d'interprétation et d'appréciation, soit une question mixte de fait et de droit, que celle de savoir si le mandataire a excédé ses pouvoirs. On doit donc consulter les termes de la procuration afin d'en préciser la portée, et ensuite se demander si l'exécution que lui a donnée le mandataire est conforme au pouvoir qui lui était conféré. Pothier (30) pose huit cas qui peuvent se présenter dans la pratique, et dans lesquels il voit, tantôt exécution totale ou partielle du mandat, tantôt un excès de pouvoir qui prive le mandataire du recours qu'il aurait pu exercer contre son mandant. Ainsi, il y a exécution totale ou partielle du mandat lorsque le mandataire fait précisément l'affaire qui est prévue par le mandat, sans s'écarter d'aucune des conditions prescrites par le mandant; lorsqu'il fait cette affaire à des conditions plus avantageuses que celles indiquées par la procuration; lorsqu'il fait une partie de ce qui lui a été prescrit, sauf à distinguer si l'affaire était telle

(29) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 805.

(30) *Mandat*, n°s 91 et suiv.

qu'elle ne dût se faire que pour le total, comme le mandat d'acheter tel immeuble (31) ; enfin, lorsqu'il a fait ce dont il était chargé par le mandat et quelque chose de plus, il n'y a alors excès de pouvoir que quant à cette dernière chose. Il y a, à l'inverse, excès de pouvoir, lorsque le mandataire a fait l'affaire dont il était chargé, mais à des conditions plus onéreuses que celles qui lui étaient prescrites; lorsqu'il a fait une autre affaire que celle qui était portée au mandat, mais il n'y aurait pas excès de pouvoir par cela seul qu'il aurait fait l'affaire d'une manière différente de celle indiquée par la procuration, mais également avantageuse au mandant; lorsque, sans qu'il fût autorisé à se substituer une autre personne, il a fait par un sous-mandataire la chose dont il était chargé, sauf à distinguer le cas où il était indifférent au mandant que cette chose fût faite par le mandataire ou par un autre (32) ; enfin, lorsque le mandataire a fait seul ce qu'il était chargé de faire conjointement avec un autre. ou par le conseil d'un autre.

Le code n'a prévu textuellement que deux de ces cas: le cas d'une exécution plus avantageuse du mandat et celui du mandataire qui fait seul ce qu'il était chargé de faire conjointement avec un autre.

Dans le premier cas, il n'y a pas excès de pouvoir. En effet, l'article 1718 porte qu' "il (le mandataire) n'est pas censé avoir "excédé les bornes de son mandat, lorsqu'il l'a rempli d'une ma-"nière plus avantageuse au mandant que celle qui était indiquée "par ce dernier" (33). Ainsi, le mandataire chargé d'acheter un immeuble pour une somme déterminée remplit utilement son

---

(31) Le juge Caron a jugé, dans la cause de *Normandeau* v. *Langevin* (8 L. N., 116), que le mandataire qui n'exécute que partiellement le mandat dont il s'est chargé, n'oblige pas le mandant et commet en même temps une faute grave, et qu'il est seul responsable envers ceux avec qui il a ainsi contracté.

(32) Voy. *supra*, p. 22.

(33) Cet article n'existe pas au code Napoléon, mais il n'y a guère de doute quant au principe qu'il consacre. Voy. Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 778.

mandat lorsqu'il l'acquiert pour une somme moindre, sauf à déterminer en fait si le but du mandant n'était pas plutôt l'emploi de la somme mentionnée que l'achat de l'immeuble.

Dans le second cas, nous l'avons vu, il y a excès de pouvoir et le mandant n'est pas obligé. Donc, comme le dit l'article 1718, "il (le mandataire) est censé avoir excédé les bornes de son man-"dat lorsqu'il fait seul quelque chose qu'il n'était chargé de faire "que conjointement avec un autre" (34). Il faut ajouter le cas, que prévoit Pothier, où le mandant a ordonné au mandataire de ne faire la chose que sur les conseils d'un autre. Et quant au mandat conjoint, la seule chose qui puisse faire question, ajoute cet auteur, est de savoir si, lorsqu'on a donné procuration à deux personnes, on doit être présumé avoir voulu que la gestion de l'affaire ne pût se faire que par les deux conjointement, ou par l'un ou l'autre indistinctement, quand la procuration ne s'en explique pas. Et, à cet égard, Pothier distingue. Si, dit-il, l'affaire qui fait l'objet de la procuration est une affaire importante dont la gestion demande beaucoup de prudence et de réflexion, il y a lieu de présumer que le mandant a voulu qu'elle ne fût gérée que par les deux mandataires conjointement. Hors ces cas, il pense qu'on doit facilement présumer que le mandant a voulu que chacun de ses mandataires pût agir séparément (35).

CHAPITRE TROISIEME.—Des Obligations du Mandant.

Section I. — Des Obligations du Mandant envers le Mandataire.

Nous allons trouver ici le corollaire des règles qui ont été expliquées au chapitre dernier quant aux obligations que le mandataire contracte envers le mandant. L'action de celui-ci était dénommée, en droit romain, *actio mandati directa*; il s'agit ici de l'action du mandataire contre le mandant, c'est-à-dire l'*actio mandati contrariâ*.

(34) Cet article, non plus, ne se trouve pas au code Napoléon.

(35) Pothier, *Mandat*, n° 99.

I. Obligation du mandant d'indemniser le mandataire. — Et d'abord, puisque le mandataire rend un service, le plus souvent gratuit, au mandant, il est juste que celui-ci l'indemnise de toutes les obligations qu'il a assumées ainsi que de toutes les dépenses qu'il a encourues en rapport avec le mandat. Mais cette obligation n'incombe au mandant qu'autant que le mandataire s'est renfermé dans les bornes du mandat. C'est du reste ce que décrète en ces termes l'article 1720.

1720. "Le mandant est tenu d'indemniser le mandataire pour "toutes les obligations que ce dernier a contractées avec les tiers, "dans les limites de son mandat, ainsi que pour tous les actes "qui excèdent telles limites, lorsqu'ils ont été ratifiés expressé-"ment ou tacitement."

On peut comparer cet article à l'article 1998 du code Napoléon, où il est dit, d'une manière générale, que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, disposition que nous trouverons plus loin à l'article 1727. Notre article, cependant, envisage un autre ordre d'idées. En principe, le mandataire ne s'engage nullement par les contrats qu'il fait dans les limites du mandat; le mandant seul s'oblige. Mais nous avons vu que si le mandataire contracte en son propre nom, il sera personnellement obligé envers l'autre partie, et cela quoiqu'il se soit rigoureusement renfermé dans les bornes de sa procuration (art. 1716). C'est à l'égard d'engagements de ce genre que l'article 1720 oblige le mandant d'indemniser le mandataire (1).

La partie finale de notre article s'applique au cas où le mandataire, même traitant au nom du mandant, serait seul responsable. Ainsi, le mandataire, qui excède les bornes du mandat, ne lie pas le mandant. Cependant, on conçoit que cette règle ne s'appliquera plus si le mandant ratifie le contrat consenti en son nom par le mandataire, ce qu'il peut faire expressément ou tacitement. Cette ratification équivaut à un nouveau mandat et en

---

(1) Je puis dire du reste que le principe de notre article 1720 est reconnu en France. Guillouard, *Mandat*, n° 150.

a tous les effets, notamment quant à l'indemnité à laquelle le mandataire a droit (2).

Mais l'obligation du mandant et de ses représentants va encore plus loin, et même après la cessation du mandat, ils sont obligés d'indemniser le mandataire qui a ignoré cette cessation. "Le mandant ou ses représentants légaux," dit l'article 1721, "sont obligés d'indemniser le mandataire pour tous les actes "faits par ce dernier dans les limites de son mandant après qu'il "est expiré pour cause de mort ou autre, lorsque le mandataire "ignorait cette extinction" (3).

Nous verrons que la mort du mandant met fin au mandat. Mais il est possible que le mandataire ait ignoré cette cause d'extinction de ses pouvoirs, comme d'ailleurs toute autre cause qui entraîne la cessation du mandat. Dans ce cas, il serait injuste de refuser de l'indemniser des obligations qu'il a assumées et des dépenses qu'il a encourues dans l'ignorance de la cause qui a mis fin à ses pouvoirs. Envisageant une hypothèse semblable, le code rend le mandant et ses successeurs responsables envers les tiers des actes faits par le mandataire dans l'exécution et les limites du mandat (art. 1728), et la même règle s'applique lorsqu'il s'agit de l'indemnité due au mandataire.

On voit donc que le mandant ou ses représentants feront bien de donner avis au mandataire de la cause qui a mis fin au mandat. En l'absence de tel avis le mandataire pourra établir — et je crois que cette preuve lui incombe — son ignorance de la cessation du mandat. Naturellement, si la cause d'extinction était notoire, le mandataire pourra difficilement soutenir qu'il l'a ignorée.

---

(2) La cour d'appel, dans la cause de *La compagnie d'assurance provinciale du Canada* v. *Roy* (10 R. L., 643), a décidé qu'une compagnie d'assurance est tenue de remplir, vis-à-vis de l'assuré, victime d'un incendie, l'obligation qu'avait prise l'agent de la compagnie de lui payer une indemnité, l'agent ayant cru lire sur un télégramme l'autorisation "de décider de se joindre à d'autres compagnies pour en venir à un règlement" alors que, comme question de fait, les mots écrits étaient "de décliner de se joindre."

(3) Cet article ne se trouve pas au code Napoléon.

II. Etendue de l'obligation du mandant d'indemniser le mandataire. — Etant admis que le mandant doit une indemnité au mandataire, il ne reste qu'à préciser l'étendue de son obligation Et, à ce propos, plusieurs choses sont à considérer, car, outre le remboursement de ses dépenses, le mandataire peut avoir droit, d'après la convention ou à raison de la nature du mandat, à un salaire, et son droit au remboursement de ses dépenses et au paiement de son salaire peut se trouver affecté, et même amoindri ou anéanti, par suite de la faute dont il se serait rendu coupable dans l'exécution du mandat.

Citons d'abord l'article 1722, qui pose les règles générales qui régissent le recours du mandataire pour le remboursement de ses déboursés et le paiement de son salaire.

1722. "Le mandant doit rembourser au mandataire les avan-"ces et frais que celui-ci a faits pour exécuter le mandat, et lui "payer le salaire ou autre compensation à laquelle il peut avoir "droit.

"S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant "ne peut se dispenser de faire ce remboursement et ce paiement, "lors même que l'affaire n'aurait pas réussi. Il ne peut non plus "faire réduire le montant du remboursement sous le prétexte "que les avances et frais auraient pu être moindres, s'ils eussent "été faits par lui" (4).

---

(4) L'article 1999 du code Napoléon est au même effet.

La jurisprudence, sous notre article, consiste presque exclusivement dans des arrêts se rapportant à la responsabilité du propriétaire d'immeubles envers le courtier qui est chargé par lui d'en négocier la vente.

Ainsi il a été jugé, par les différents tribunaux de cette province, que la convention par laquelle un propriétaire charge un courtier d'immeubles de vendre sa propriété dans un temps déterminé, moyennant une commission convenue, oblige le propriétaire à payer cette commission, si, pendant ce délai, ce dernier vend lui-même l'immeuble au lieu de le faire vendre par le courtier: *Carle* v. *Parent* (17 R. L., 122; M. L. R., 5 B. R., 451; R. J. Q., 1 C. S., 256; 13 L. N., 122); *Dillon* v. *Borthwitk* (3 L. N., 202; 15 R. L., 526); *Gohier* v.

Disons donc que le mandataire a droit: 1° au remboursement de ses avances; 2° au paiement de son salaire lorsque le mandat est salarié; 3° au remboursement des pertes qu'il a essuyées en exécutant le mandat (5).

Villeneuve, R. J. Q., 6 C. S., 219; *Thomas* v. *Merkley*, 123 L. C. J., 207.

Toutefois, même dans le cas d'une semblable convention, si, avant l'expiration du délai, le propriétaire loue sa propriété avec promesse de vente, cette location équivaut à une révocation du mandat du courtier, et ce dernier n'a qu'un recours en dommages; son action même sera renvoyée, s'il est prouvé que le courtier n'a fait aucune démarche pour trouver un acheteur, que le délai était presque expiré lors de la location et que, comme question de fait, le locataire n'est pas devenu acquéreur de la propriété: *Blondin* v. *Duff* (R. J Q., 1 C. S., 256).

Le juge Taschereau, dans la cause de *Lighthall* v. *Caffrey* (6 L. N., 202), a jugé que, si un courtier d'immeubles négocie la vente d'une propriété entre le propriétaire et un acheteur qu'il procure à ce dernier, et qu'un arrangement est conclu entre les parties aux fins de parfaire la transaction, ce courtier a droit au paiement par le propriétaire du montant de sa commission, nonobstant le fait que les négociations ont été rompues à raison de la mauvaise foi de l'une ou l'autre des parties.

De même, il a été décidé par le juge Archibald, dans la cause de *Brown* v. *McDonald* (R. J. Q., 6 C. S., 491), que le courtier d'immeubles a droit à sa commission, même si la vente n'était pas conclue à raison d'un défaut dans les titres.

Mais le même juge a jugé, dans la cause de *Plummer* v. *Gillespie* (R. J. Q., 10 C. S., 243), que le propriétaire n'est pas responsable envers un courtier qui, sans l'autorisation expresse ou tacite du propriétaire et hors sa connaissance, indique la propriété à un individu qui plus tard s'en rend acquéreur.

Une autre décision dans le même sens a été rendue par le juge Davidson, dans la cause de *Browne* v. *Gault* (R. J. Q., 19 C. S., 523), portant qu'un courtier représentant le vendeur ne peut, à moins de convention spéciale, réclamer de l'acheteur une commission sur la valeur de la propriété de ce dernier, qui a été transportée au vendeur en paiement partiel du prix de vente.

(5) Je citerai plus loin l'article 1725 qui donne ce troisième droit au mandataire.

A l'égard de ses avances, le mandataire a droit à l'intérêt des sommes déboursées à compter de la date de l'avance. C'est la disposition de l'article 1724 qui se lit comme suit:

1724. "Le mandant est obligé de payer les intérêts sur les de-"niers avancés par le mandataire dans l'exécution de son mandat.

"Ces intérêts sont calculés du jour que les deniers ont été "avancés" (6).

[illegible] intérêts courent de plein droit et sans mise en demeure. Il en est autrement des intérêts de la somme due au mandataire comme salaire; pour pouvoir les réclamer le mandataire devra mettre le mandant en demeure de lui payer ce salaire (7).

Ajoutons que le mandataire peut demander, outre ses déboursés et son salaire, une indemnité à raison des pertes qu'il a essuyées en exécutant le mandat.

En effet, aux termes de l'article 1725, "le mandant est obligé "d'indemniser le mandataire qui n'est pas en faute des pertes "que celui-ci a essuyées en exécutant le mandat."

Il y a une différence à noter entre cet article et l'article 2000 du code Napoléon. D'après ce dernier article, ce sont les pertes que le mandataire a essuyées *à l'occasion de sa gestion* que le mandant doit lui rembourser; notre article, au contraire, dans sa version française, ne parle que des pertes essuyées par le mandataire *en exécutant le mandat.* Les codificateurs disent qu'ils ont employé le mot *causé* au lieu de l'expression *occasionné,* et ajoutent que le mandant est responsable des pertes dont le mandat est la *cause* et non pas seulement l'*occasion.* On ne trouvera, cependant, dans le texte français de notre article, ni l'une ni l'autre de ces expressions. L'observation des codificateurs se réfère au texte anglais de l'article 1725, qui, visiblement, est ici l'original et non pas la traduction, et l'on a aussi traduit le rapport des codificateurs qui, également, avait été rédigé en anglais. Ajoutons que notre article suit la doctrine de Pothier, dont, di-

---

(6) L'article 2001 du code Napoléon énonce la même règle en des termes plus concis.

(7) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 752.

sent les codificateurs, le code Napoléon s'est départi sans raison suffisante. Cette observation des auteurs de notre article en indique bien la portée, et démontre qu'il faut faire prévaloir la version anglaise sur la version française, laquelle, quoi qu'en disent les codificateurs, n'est nullement conforme à la doctrine de Pothier, mais, au contraire, s'exprime en des termes encore plus généraux que l'article 2000 du code Napoléon (8).

Disons donc que l'article 1725, entendu comme il doit l'être, rend le mandant responsable des pertes essuyées par le mandataire qui n'est pas en faute, et dont la cause est l'exécution du mandat.

Expliquons maintenant notre article en nous inspirant de la doctrine de Pothier (9), que nos codificateurs déclarent avoir suivie pour mettre un terme à la controverse qui divisait autrefois les docteurs.

Pothier pose le principe que les pertes souffertes par le mandataire, dont l'affaire qui fait l'objet du mandat a été la cause prochaine, sont censées souffertes *ex causâ mandati,* et doivent en conséquence lui être remboursées. Et il éclaire ce principe par plusieurs exemples empruntés pour la plupart aux jurisconsultes de Rome.

Ainsi, un mandataire a été volé par un esclave que le mandant avait chargé le mandataire de lui acheter et de conduire chez lui, sans que le mandant l'eût averti que cet esclave était voleur. Ou bien, un père, ayant appris qu'un de ses enfants, qui est un jeune débauché, était allé chez un de ses amis, prie celui-ci de le retenir jusqu'à ce qu'il l'envoie quérir, et l'enfant commet un vol au préjudice du mandataire, ou lui cause quelque dommage pendant qu'il est ainsi détenu. Dans ces deux cas le mandant est responsable de la perte soufferte par le mandataire, cette perte ayant pour cause le mandat qui lui avait été confié.

---

(8) Voici le texte anglais de l'article 1725:

1725. "The mandator is obliged to indemnify the mandatary "who is not in fault, for losses caused to him by the execution of "the mandate."

(9) *Mandat*, nos 75 et suiv.

Il en est autrement, ajoute Pothier, des pertes dont le mandat n'est que l'occasion. Ainsi, le mandataire est volé, ou bien il est victime d'un naufrage, pendant un voyage qu'il entreprend pour le compte du mandant. Le mandant n'est pas responsable dans ce cas, car le mandat qu'il a confié au mandataire n'est pas la cause de la perte éprouvée par le mandataire, il n'en a été que l'occasion.

Voilà donc la doctrine que notre code consacre, et il ne reste qu'à l'appliquer aux espèces, assez nombreuses, qui peuvent se présenter dans la pratique.

Et voici justement une espèce que nous offre notre jurisprudence. L'agent d'une compagnie d'assurance, agissant comme tel, avait dénoncé un individu qui prenait sans droit la qualité de sous-agent de cette compagnie. Poursuivi en dommages par cet individu, l'agent fit renvoyer l'action, mais ne put recouvrer ses frais à cause de l'insolvabilité du demandeur. Dans ces circonstances, la cour de révision a condamné la compagnie d'assurance à rembourser à son agent les frais qu'il avait payés: *Talbot* v. *La compagnie d'assurance de Montmagny*, R. J. Q., 12 C. S. 64.

Tout autre est la doctrine du code Napoléon, qui rend le mandant responsable des pertes que le mandataire éprouve à l'occasion du mandat, et non pas seulement des dommages dont ce mandat est la cause. Par conséquent, si le mandataire est volé, ou s'il fait naufrage au cours d'un voyage qu'il entreprend pour le compte du mandant, celui-ci, responsable en France, échappe à toute responsabilité dans notre droit. Il n'y a pas, d'ailleurs, à distinguer, à l'égard de la responsabilité du mandant, entre le mandat gratuit et le mandat salarié.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que les parties peuvent, par une stipulation spéciale, écarter l'application de l'article 1725 (10).

J'ai dit que le droit du mandataire d'obtenir le remboursement de ses déboursés et le paiement de son salaire peut se trou-

(10) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, nos 720 et suiv.

ver affecté, amoindri ou même anéanti par une faute dont il se serait rendu coupable, et qui porte préjudice au mandant.

Cela résulte des termes mêmes de l'article 1722. En effet, cet article pose, comme condition du droit du mandataire, l'absence de faute de la part de ce dernier. S'il y a faute du mandataire et que cette faute ait causé un préjudice au mandant, le mandataire devra souffrir la déduction du montant de l'indemnité qu'il se trouve lui-même à devoir au mandant.

On discute en France la question de savoir si les tribunaux peuvent réduire le salaire promis au mandataire, lorsque ce salaire est excessif (11). Il me paraît hors de doute que lorsque le mandataire n'est pas en faute, il n'y a qu'à exécuter la convention des parties. Celles-ci sont les meilleurs juges du salaire qu'il convient d'accorder, et la lésion n'est pas, en notre droit, une cause de rescision des contrats. Si on se permettait de réduire un salaire excessif, il faudrait augmenter celui qui serait jugé insuffisant, et qui ne voit que ce serait là substituer à la volonté des parties l'arbitraire du juge.

III. Privilège qui appartient au mandataire. — J'ai dit, en commentant l'article 1713, que le mandataire a droit de déduire, de la somme qu'il a reçue sous l'autorité du mandat, ses déboursés et son dû à raison de l'exécution de ce mandat, et que, si ce qu'il a reçu est une chose déterminée, il a droit de la retenir jusqu'au remboursement. L'article 1723 complète cette disposition en disant que "le mandataire a un privilège et un droit de pré-"férence pour le paiement de ses avances et frais mentionnés en "l'article précédent, sur les choses mises entre ses mains et sur "le produit de leur vente ou placement" (12).

Dans l'article 1723 il n'est pas question du droit de rétention,

(11) Voy. Guillouard, *Mandat*, n° 165. La jurisprudence française admet la possibilité de la réduction judiciaire du salaire fixé par la convention, mais un grand nombre d'auteurs, et des plus éminents, condamnent cette solution.

(12) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon. Les codificateurs ont puisé sa disposition dans notre droit statutaire.

mais de ce qu'on peut appeler le prolongement de ce droit, c'est-à-dire le privilège ou droit de préférence qui assure le paiement du mandataire, lorsque la chose qui lui a été confiée a été vendue à la poursuite d'un créancier du mandant. Le rang de ce privilège est déterminé par l'article 2001, et, parmi ceux qui ont un droit de rétention, le mandataire vient après le voiturier et l'hôtelier, se trouve au même rang que le consignataire, et est préféré au commodataire, au dépositaire, au gagiste et à l'ouvrier. Ajoutons, avec l'article 2001, que le privilège n'a lieu qu'autant que le droit de rétention subsistait ou pouvait être réclamé lors de la saisie.

Notre article n'accorde textuellement un privilège au mandataire que pour ses avances et frais. Est-ce à dire qu'il ne pourra réclamer ce privilège pour le paiement de son salaire?

Ceci revient à se demander si le mandataire possède un droit de rétention pour assurer le paiement de son salaire, car si ce droit de rétention lui appartient, nul doute qu'il a un privilège sur le prix de vente de la chose qu'il pouvait retenir (art. 1994 et 2001). Or, aux termes de l'article 1713, le mandataire peut déduire, de la somme qu'il a reçue sous l'autorité de son mandat, *ses déboursés et son dû* (13), et si ce qu'il a reçu est une chose déterminée, il peut la retenir jusqu'au remboursement. Donc il a un droit de rétention, même pour le salaire qui lui est dû par le mandant, et il en résulte qu'il a un privilège sur le produit de la vente de la chose ainsi reçue.

Cette solution ne souffre aucune difficulté, à raison des textes que j'ai cités, lorsqu'il s'agit d'un meuble. Quand, au contraire, le mandataire a été mis en possession d'un immeuble, on peut se demander, même en lui concédant un droit de rétention sur cet immeuble, s'il possède en outre un privilège spécial, car l'article 2009 n'énumère pas la réclamation du créancier qui a un droit de rétention parmi les créances privilégiées sur les immeubles.

Il n'est pas douteux que le tiers détenteur d'un immeuble a un

(13) La version anglaise de l'article 1713 se sert de l'expression: "*his disbursements and charges.*"

privilège spécial pour le paiement de ses impenses (art. 2072), mais le tiers détenteur possède à titre de propriétaire et peut prescrire contre le véritable propriétaire, ce qui n'est pas le cas du mandataire qui possède à titre précaire.

Mais l'article 1723 parle généralement de choses mises entre les mains du mandataire, et lui accorde un privilège sur ces choses, du moins pour assurer le paiement de ses avances et frais (14). Cette expression me paraît assez générale pour comprendre les immeubles et, à mes yeux, elle écarte la difficulté qui serait sérieuse si nous ne pouvions nous aider de ce texte (15).

IV. Solidarité qui existe entre plusieurs mandants. — Nous avons vu, à l'article 1712, que lorsqu'il y a plusieurs mandataires établis ensemble pour la même affaire, ils sont responsables

---

(14) Je ne crois pas que par "choses mises entre ses mains," dans le texte anglais "*things placed in his hands*," on doive entendre uniquement les choses susceptibles de passer de main en main, c'est-à-dire certains meubles de peu de volume. Le législateur, cela me paraît clair, parle au figuré. Il est vrai que l'article 2009, à la différence de l'article 2001, ne mentionne pas le mandataire, mais ce ne serait pas là une objection si l'art. 1723 crée ce privilège, dont l'existence me paraît avoir été reconnue dans la cause d'*Eddy* v. *Eddy*, citée à la note suivante.

(15) Il suffira de faire une simple énumération des arrêts d'espèce où les tribunaux ont appliqué l'article 1723 : *Rogerson* v. *Reid* (Stuart's Rep., 412; Knapp's P. C. Rep., 362; Beauchamp, J. P. C. Rep. 654; *Stabb* v. *Lord* (5 R. L., 181) ; *Downie* v. *Barry* (9 R. L. 517) ; *Great Western Railroad Co.* v. *Crawford*, (6 Q. L. R., 160; 19 R. L., 495). Voir aussi la cause de *Braazier* v. *Léonard* (M. L. R., 1 C. S., 419; S. L. N., 340), citée, *supra*, p. 32.

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Eddy* v. *Eddy* (R. J. Q., 7 B. R., 300), que le mandataire, même lorsque la créance résultant de ses déboursés est contestée, a un droit de rétention sur la chose qu'il a reçue; mais que ce droit de rétention ne l'autorise pas à faire enregistrer, contre l'immeuble qu'il détient, un avis dénonçant au public ce privilège qui n'est pas sujet à enregistrement et dont le montant n'a pas été établi contradictoirement.

solidairement des actes d'administration les uns des autres, à moins d'une stipulation contraire. L'article 1726 applique la même règle aux mandants. Il dit que "si le mandat a été donné "par plusieurs personnes, leur obligation à l'égard du manda-"taire est solidaire."

L'article 2002 du code Napoléon contient une disposition semblable, sauf qu'il exige que le mandat soit donné par plusieurs *pour une affaire commune* (16). On doit, à mon avis, suppléer cette condition dans l'interprétation de notre article, car si des mandants, dont les intérêts ne sont pas les mêmes, chargent le mandataire d'accomplir pour eux des actes distincts. il y a réellement autant de mandats qu'il y a de mandants.

Le juge Monk a jugé, en 1865, dans la cause de *Doutre* v. *Dempsey* (9 L. C. J., 176; 1 L. C. L. J., 65; 14 R. J. R. Q., 300), qu'il n'existe aucune solidarité entre plusieurs parties signataires de la pièce de procédure par laquelle commencent les vacations de l'avocat, pour le paiement de ses honoraires; et si en vertu de conventions intervenues entre ces signataires hors la connaissance de l'avocat, l'un des signataires est exonéré des frais par les autres, l'avocat n'a aucun recours contre celui-là.

Par contre, le juge Routhier a décidé, avec raison suivant moi, dans la cause de *Frénette* v. *Bédard* (12 L. N., 362; 13 L. N., 266), que les clients défendus par un avocat, dans une même cause, par une seule et même défense, sont tenus solidairement au paiement des honoraires de cet avocat.

Il a été encore jugé par la cour d'appel, dans la cause de *Auger* v. *Cornellier* (R. J. Q. 2 B. R., 293; 16 L. N., 184), que des personnes qui autorisent l'usage de leurs noms comme directeurs

(16) Le code Napoléon semble manquer de logique en admettant la solidarité à l'égard des mandants et en refusant de l'appliquer aux mandataires. On a probablement considéré que le mandat est ordinairement un office d'amitié et qu'alors il était juste de traiter les mandataires avec plus d'indulgence que les mandants. Mais cette considération est loin de justifier la disposition générale de l'article 2002 C. N., car le mandat tend de plus en plus à devenir un contrat intéressé à l'égard du mandataire.

provisoires d'une compagnie projetée, et qui signent des requêtes aux fins d'obtenir sa constitution par acte du parlement, sont solidairement responsables du paiement des honoraires du procureur dont les services ont été requis par le promoteur de cette compagnie.

En fait d'arbitrage, le juge Ouimet, dans la cause de *Malo* v. *The Land and Loan Company* (R. J. Q., 5 C. S., 483), a jugé qu'un arbitre est le mandataire de chacune des parties qui ont recouru à l'arbitrage et non seulement de la partie qui l'a nommé; et qu'il a, en conséquence, un recours solidaire pour ses honoraires et frais contre toutes les parties.

La cour de révision a de plus décidé, dans la cause de *Tassé* v. *The St. Lawrence and Adirondack Railway Company* (R. J. Q., 6 C. S., 301), que les arbitres nommés en vertu de l'acte des chemins de fer du Canada peuvent retenir les services d'un greffier pour les assister dans leurs procédures, et que ce greffier a un recours solidaire pour ses honoraires et déboursés contre la compagnie de chemin de fer et contre la personne expropriée.

Section II. — Des obligations du mandant envers les tiers.

Le mandataire étant un simple intermédiaire dont le mandant se sert pour contracter avec un tiers, il va sans dire que, pourvu que le mandataire se soit renfermé dans les limites de son mandat, tout se passe comme si le contrat avait été fait directement entre le mandant et le tiers. La seule question donc qui puisse se soulever, c'est de savoir si l'acte accompli par le mandataire était autorisé par le mandant, et même lorsqu'il y a eu excès de pouvoir de la part du mandataire, le mandant sera encore censé avoir contracté avec le tiers, s'il a ratifié cet acte expressément ou tacitement. Ce sont ces principes que l'article 1727 énonce en ces termes:

1727. "Le mandant est responsable envers les tiers pour tous "les actes de son mandataire faits dans l'exécution et les limites "du mandat; excepté dans le cas de l'article 1738, et dans les

"cas où, par la convention ou les usages du commerce, le man-"dataire est seul responsable.

"Le mandant est aussi responsable des actes qui excèdent les "limites du mandat, lorsqu'il les a ratifiés expressément ou taci-"tement" (17).

Les règles que cet article énonce sont élémentaires et résultent de la nature même du mandat. L'exception qu'il mentionne se réfère au cas du facteur dont le mandant ou principal réside à l'étranger; il en sera question au chapitre V de ce titre, et je puis y renvoyer.

Donc, si le mandataire s'est renfermé dans les limites du mandat, le mandant est obligé envers le tiers avec qui le mandataire a traité, et il est seul obligé, sauf lorsque le mandataire a contracté en son propre nom (art. 1716). C'est le mandant, je l'ai dit, qui est censé avoir lui-même contracté avec le tiers: *qui mandat ipse fecisse videtur.*

Il a été jugé dans la cause de *Wilson* v. *Benjamin* (M. L. R., 5 S. C., 18; 12 L. N., 227), que le mandant, lorsque le contrat a été fait au nom du mandataire, a le droit d'être subrogé dans les droits du mandataire, et que le tiers, qui a contracté avec un agent personnellement, sans dénonciation du principal, a droit de se protéger jusqu'à ce qu'il soit déchargé de son obligation envers l'agent par cette subrogation.

Il a de même été décidé par la cour d'appel, dans la cause de *Chrétien* v. *Crowley* (5 L. N., 268; 4 L. N., 171; 2 D. C. A., 385), que si le mandataire, lors du contrat, cache un fait essentiel, le mandant ne peut profiter de cette fraude même s'il ignorait lui-même ce fait.

Si, au contraire, le mandataire a excédé les bornes de son mandat, il est seul obligé (18) et le mandant ne peut être re-

(17) Les codificateurs citent, sous cet article, l'article 1998 du code Napoléon, qui, sauf l'exception que notre article comporte, est au même effet.

(18) Excepté lorsqu'il a donné au tiers une connaissance suffisante de ses pouvoirs (art. 1717).

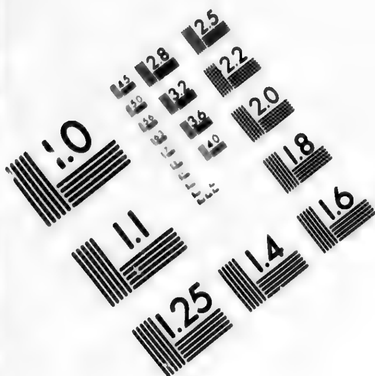
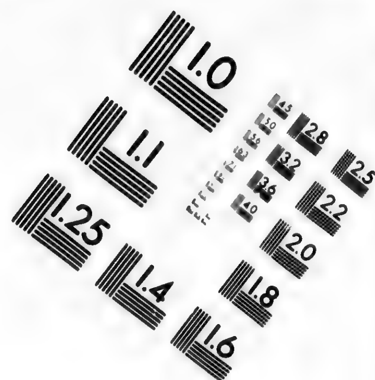
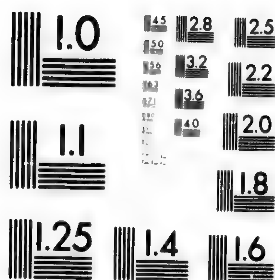
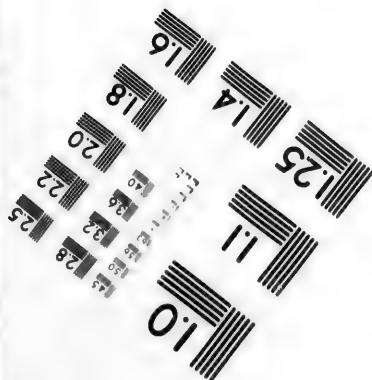
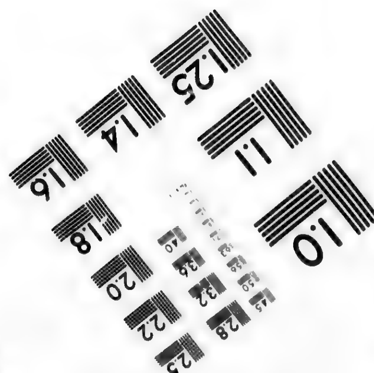



IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)



cherché, sauf lorsqu'il a ratifié l'acte du mandataire, car la ratification a l'effet du mandat exprès et rétroagit au jour de l'acte ratifié.

Cette ratification peut être ou bien *expresse*, ou bien *tacite*.

La ratification expresse ne peut donner lieu à aucune difficulté, il ne s'agit en effet que d'en interpréter les termes.

La ratification tacite, au contraire, soulève une question de fait que le tribunal, en cas de contestation, est appelé à trancher. Cette ratification résulte d'actes accomplis par le mandant et qui font nécessairement supposer chez lui la volonté de s'approprier ce qui a été fait en dehors des limites du mandat (19). Ajoutons que la ratification ne se présume pas et ne doit pas être équivoque (20).

J'ai dit que la ratification rétroagit au jour où l'acte a été accompli. Mais, bien entendu, à l'égard des tiers auxquels cet acte porterait préjudice, la ratification n'aura effet que du jour où elle est intervenue.

---

(19) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n° 926.

Ainsi, il a été jugé, dans la cause de *Bernard* v. *Lalonde* (12 L. N., 275), qu'un créancier, qui charge un agent collecteur de retirer sa créance, avec instructions de ne pas poursuivre et de ne pas lui faire encourir des frais, sera censé avoir ratifié l'acte de son mandataire si, après avoir su que l'agent a poursuivi le débiteur et a obtenu un jugement contre lui, il conserve le bénéfice du jugement, et que, pour échapper à la responsabilité des frais faits par son agent, le créancier doit renoncer au jugement et désavouer l'avocat qui l'avait obtenu.

(20) Cette ratification suppose, chez le mandant, la capacité de ratifier. Ainsi, dans la cause de *Paquin* v. *Dawson* (R. J. Q., 4 B. R., 72; R. J. Q., 6 C. S., 48), le mari, mandataire de sa femme, marchande publique, avait excédé les limites du mandat qu'elle lui avait donné, en signant un billet; il y eut demande de faillite, mais le mari n'y fut pas appelé pour autoriser son épouse. Celle-ci déposa toutefois son bilan dans lequel apparaissait, comme partie du passif, le montant de ce billet. L'on prétendit qu'il y avait là ratification de l'acte du mari; mais la cour d'appel décida que cette ratification était nulle, comme étant faite sans l'autorisation du mari.

Je vais maintenant passer en revue plusieurs arrêts qui se rapportent à la responsabilité des mandants, à l'égard des tiers. Il sera plus commode de distinguer les cas où le mandant a été trouvé responsable de ceux où il a été libéré.

Mandant responsable. — La cour d'appel, dans la cause de *Workman* v. *The Montreal Herald Company* (21 L. C. J. 268; 9 R. L. 305; 1 L. N. 203), a condamné le candidat à une élection à payer des impressions faites à la demande et sur l'ordre de son comité d'élection, alors que l'agent électoral du candidat, à qui ce compte avait été transmis dans le délai requis par la loi, avait refusé de le payer.

Il a été jugé, dans la cause de *Lyman* v. *Bouthillier* (7 L. C. J., 139), que le propriétaire de marchandises passées en douane ne peut bénéficier, en en prenant possession, de leur sous-évaluation à l'aide de faux envois, même s'il alléguait ignorance ou absence d'autorité chez la personne qui avait fait les entrées.

Une compagnie d'assurance est responsable, même sans la preuve d'un usage de commerce ou d'une ratification de sa part, du coût de la publication d'annonces ordonnée par son agent, car ce dernier est présumé avoir ce pouvoir, qui est inhérent à sa charge et n'est exercé qu'en vue de l'augmentation des affaires de la compagnie: *Commercial Union Assurance Company* v. *Foote* (3 R. C. 40).

Une personne qui reçoit livraison de marchandises ordonnées par une autre en son nom et envoyées à son adresse, avec l'entente que le vendeur devra tirer sur cette personne pour le montant de l'envoi, ne peut retenir les marchandises, et en même temps refuser d'accepter la lettre de change: *Poulin* v. *Williams* (22 L. C. J. 18).

Si un teneur de livres signe, au nom de son patron absent, un acte de composition avec un débiteur, retire le dividende, et rend compte par lettre de ce qu'il a fait à son patron, ce dernier, qui n'a fait aucune objection, ne peut, à son retour, réclamer toute sa dette, en considérant le dividende reçu comme un acompte, car, dans les circonstances, il a ratifié l'acte de son employé: *Nield* v. *Vineberg* (5 L. N. 118).

L'approbation tacite donnée à un acte fait par le président et le trésorier d'une compagnie au sujet d'une délégation de créance acceptée par eux et le défaut par la compagnie de répudier cet acte pendant quatre années après en avoir eu ainsi connaissance, lient la compagnie d'une manière absolue: *La société de construction d'Hochelaga* v. *Gauthier,* cour d'appel (29 L. C. J. 141; 4 D. C. A. 199).

La cour de révision a aussi décidé, dans la cause de *Bélanger* v. *Paquet* (11 Q. L. R. 67; 8 L. N. 188), que la femme mariée est responsable des travaux faits sur un terrain lui appartenant, en vertu d'un contrat entre son mari, en son propre nom, et les entrepr neurs; et semblable décision fut rendue par la même cour (*Casey* v. *Holmes,* R. J. Q., 8 C. S. 105), malgré que les entrepreneurs eussent chargé ces travaux au compte du mari.

Il a été jugé par la cour d'appel, dans la cause de *Lambert* v. *Scott* (M. L. R. 2 Q. B. 340; 9 L. N. 406), que le paiement fait par l'acheteur du prix d'un char de blé, à l'agent du vendeur, désigné dans le connaissement comme consignataire, est valide, car ce connaissement constitue une autorisation écrite, permettant à l'agent de délivrer la marchandise et d'en percevoir le prix.

Le conseil privé, dans la cause de *Montreal City and District Savings Bank* v. *La Banque Jacques-Cartier* (30 L. C. J. 106; M. L. R. 2 Q. B. 64; 9 L. N. 86; 11 L. N. 66; 57 L. J. R. C. 42 et 13 L. R. A. C. 111), a décidé qu'une banque est liée par les actes de son caissier faits en son propre nom, et compris dans l'étendue ordinaire de ses attributions; et que si les directeurs de la banque lui permettent de conduire les affaires à sa guise, sans leur faire rapport, ils rendent la banque responsable des actes de cet employé qu'ils sont présumés avoir autorisés.

Le juge Mathieu, dans la cause de *Frappier* v. *Cité de Montréal* (M. L. R. 5 S. C. 37; 20 R. L. 141 et 12 L. N. 228), a tenu la cité de Montréal responsable du coût des travaux faits en vertu d'un contrat souscrit par son inspecteur de bâtisses pour faire démolir une construction, conformément aux règlements municipaux.

Le juge Pagnuelo a jugé, dans la cause de *The Bank of Nova Scotia* v. *Lepage* (M. L. R. 6 S. C. 321 et 13 L. N. 291), que celui qui donne un billet signé en blanc, avec l'entente que la personne qui le reçoit le remplira pour une somme déterminée, est responsable, vis-à-vis d'un tiers, du plein montant qui apparaît à la place du billet, quand même il serait plus élevé que celui convenu.

Si des vins ont été consignés et expédiés à un club, sur la réquisition de son secrétaire-trésorier, le prix doit en être payé par le club, à moins qu'il ne soit prouvé que cet employé n'était pas autorisé, et que le vendeur le savait: *Gourd* v. *Fish and Game Club* (M. L. R. 6 S. C. 480 et 13 L. N. 407).

Le curé, qui tient les comptes de la fabrique et en perçoit les revenus, devient le mandataire du marguillier en charge, à qui la loi impose ces devoirs; et ces actes du curé lient la fabrique et libèrent les personnes qui lui paient leurs dettes: *Giroux* v. *Fabrique de Beauport* (R. J. Q. 1 C. S. 476).

Le juge Taschereau a jugé, dans la cause de *Viau* v. *Laviolette* (8 R. de J. 537), que le propriétaire, qui laisse un occupant posséder son immeuble et contracter avec des tiers pour le réparer et le compléter, est responsable du prix de ces travaux, même si l'occupant a agi en son propre nom, sans dévoiler celui du propriétaire.

Mandant non responsable. — Les créanciers, en consentant à un acte d'abandon fait par un failli, n'agissent pas conjointement et solidairement en nommant un mandataire commun, savoir: le curateur aux biens, mais sanctionnent séparément le choix fait par le failli d'un administrateur de ses biens; et, n conséquence, ces créanciers ne peuvent être tenus responsables des dommages causés, par le défaut de livraison, à l'acheteur, de marchandises vendues par ce curateur: *Marchildon* v. *Denoon* (M. L. R. 3 Q. B. 12; 10 L. N. 141).

Le mandant n'est pas tenu de rembourser des sommes d'argent payées à son mandataire par erreur, en plus du montant réellement dû, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il ait profité de

tel paiement: *City Bank* v. *Harbour Commissioners* (1 L. C. J. 288).

L'agent, qui a une procuration l'autorisant à vendre l'immeuble de son mandant, ne peut cependant le vendre en paiement de ses propres dettes, et le mandant pourra faire annuler une telle vente: *Haker* v. *Aylmer* (L. N. 232; 4 L. N. 130).

Le pouvoir d'un commis d'obliger son patron par un acte de composition avec un débiteur, doit être exprès et non équivoque; et le commis, qui assisterait à une réunion de créanciers, au nom de son patron, ne sera pas présumé avoir ce pouvoir: *Vineberg* v. *Beaulieu* (M. L. R. 4 S. C. 328 et 12 L. N. 103); *The Bolt Iron Company of Toronto* v. *Gougeon* (7 L. N. 40).

Le fait que des actions d'une compagnie sont entrées dans les livres de la compagnie comme étant "en fidéicommis," est suffisant pour démontrer que le titre du vendeur n'est pas parfait et pour obliger l'acheteur de s'enquérir des droits de ce vendeur: *Raphael* v. *Macpharlane* (18 Supreme Court Repts 183; M. L. R. 5 Q. B. 273; 13 L. N. 18; 14 L. N. 98); *Sweeney* v. *Bank of Montreal* (12 Sup. C. R. 661; 8 L. N. 403; 56 L. J. P. C. 79; 10 L. N. 250; 5 L. N. 66; 56 L. T. 897) (21).

Le mandataire, chargé de prendre des ordres pour le commerce du mandant, n'a pas le droit de faire des conditions quant au paiement; par exemple, il ne peut stipuler qu'il se placera en pension chez l'acheteur pour tenir lieu de ce paiement: *Marcotte* v. *Guilbault* (12 L. N. 267).

Un marchand qui reçoit, par l'entremise d'un agent, une somme d'argent pour un but spécial indiqué par le mandant, savoir, pour remplir une commande de marchandises, ne peut refuser de remplir cette commande et imputer cet argent au paiement d'une ancienne dette prescrite, même du consentement de l'agent ; un tel consentement dépasserait les limites du mandat de l'agent et le mandant pourrait exercer l'action en répétition de deniers: *Dupuis* v. *Evans* (12 L. N. 251).

---

(21) La loi des banques et celle des compagnies à fonds social dispensent la banque ou la compagnie de l'obligation de veiller à l'exécution des fidéicommis.

En loi, et d'après l'usage du commerce, le seul fait, par un commis-voyageur, de prendre des commandes pour des marchandises, ne complète pas la vente, tant que ces commandes n'ont pas été acceptées par le marchand; et, si ce dernier refuse de les accepter, et donne avis de ce refus, aux personnes de qui ces commandes ont été obtenues, il n'existe pas de recours en dommages contre lui: *Brook* v. *Gourley* (M. L. R. 7 Q. B. 163; 14 L. N. 412; 20 R. L. 488).

L'article 1728 rend le mandataire et ses ayant-cause responsables, même quand le mandat avait cessé lors de l'acte accompli par le mandataire, si cette cessation était inconnue des tiers. Il se lit comme suit:

1728. "Le mandant ou ses représentants légaux sont respon-"sables envers les tiers pour tous les actes faits par le manda-"taire dans l'exécution et les limites du mandat après qu'il a ces-"sé, si cette cessation était inconnue des tiers" (22).

La cessation du mandat, pour cause de mort du mandant ou pour toute autre cause, ne doit pas nuire aux tiers qui, dans l'ignorance de cette cessation, ont traité avec le mandataire. Dans ce cas les effets du mandat durent après que la cause qui les produit a cessé d'exister.

Nous avons vu à l'article 1709 que le mandataire, après l'extinction du mandat, est tenu de faire tout ce qui est une suite des actes faits antérieurement, et qu'il est obligé, lorsque l'extinction provient du décès du mandant, de terminer l'affaire si elle est urgente et ne peut être différée sans risque de perte ou de dommage.

---

(22) Textuellement cet article n'existe pas dans le code Napoléon. Les codificateurs citent l'article 2009 de ce code qui, venant après une disposition qui porte que si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide,—ajoute que dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi. Ainsi notre article est conforme au droit français moderne, comme à l'ancien droit.

Il est logique, puisque le mandataire est tenu d'accomplir ces actes, que le mandant ou ses successeurs en soient responsables à l'égard des tiers. L'article 1729 le dit, du reste, en ces termes:

1729. "Le mandant ou ses représentants légaux sont respon-"sables pour les actes faits par le mandataire dans l'exécution "et les limites du mandat, après son extinction, lorsque ces actes "sont une suite nécessaire d'une affaire déjà commencée.

"Ils sont également responsables pour les actes du mandataire "faits pour terminer une affaire après l'expiration du mandat "par la mort ou la cessation d'autorité du mandant, lorsque le "retard aurait pu entraîner quelque perte ou dommage" (23).

Cet article ne peut donner lieu à aucune difficulté d'interprétation.

Ainsi, la cour d'appel a jugé, dans la cause de *Lynn* v. *Cochrane* (23 L. C. J. 235), que le pouvoir donné à un agent ne peut être révoqué, lorsque le mandat est en partie exécuté; en conséquence, lorsque des marchandises ont été envoyées à un marchand à commission pour être vendues, le mandant ne peut révoquer le pouvoir de son agent, après que ce dernier a vendu ces marchandises pour un prix déterminé, avec option en faveur de l'acheteur d'accepter la vente dans un délai d'une semaine, alors que ce délai n'est pas expiré à la date de la révocation.

Le législateur va encore plus loin, et, comme le dit l'article 1730, "le mandant est responsable envers les tiers qui contrac-" tent de bonne foi avec une personne qu'ils croient son manda-" taire, tandis qu'elle ne l'est pas, si le mandant a donné des mo-" tifs raisonnables de le croire" (24).

Le mandat peut, comme tout contrat non solennel, être consenti tacitement par le mandant et le mandataire, mais ce n'est pas là l'hypothèse que prévoit l'article 1730. Ici il n'y a aucun

(23) Cet article ne se trouve pas au code Napoléon, mais le principe qu'il énonce est admis en France.

(24) Il n'y a pas de disposition semblable au code Napoléon, et, de fait, les codificateurs ne citent que des autorités tirées du droit anglais.

mandat, même tacite, partant aucun lien de droit contractuel entre le mandant et le mandataire. Mais, par ses agissements, une personne donne lieu de croire qu'elle a constitué un mandataire, et on traite de bonne foi avec la personne qui se donne cette qualité, croyant transiger avec un véritable mandataire. Dans ces circonstances, bien qu'il n'existe aucun mandat, tout se passe entre le mandant supposé et le tiers de bonne foi comme si un véritable mandat avait été conféré à la personne qui a agi au nom du mandant. Ainsi, un maître envoie habituellement son domestique chez des fournisseurs acheter à crédit des vivres ou autres effets. Le fournisseur de bonne foi peut, dans ce cas, tenir le maître responsable des achats que le domestique a faits sans autorité. Le mandat tacite que le mari est censé avoir donné à sa femme pour les achats que celle-ci fait au nom du mari (art. 1291) se rapproche beaucoup de cette espèce (25) ; mais en ce cas il y a véritable mandat, bien que ce mandat soit tacite. L'article 1730, je l'ai dit, suppose qu'aucun mandat, même tacite, n'a été consenti, mais comme l'on est tenu des conséquences de sa faute ou de son imprudence, la loi présume ici, et en faveur du tiers, l'existence d'un mandat.

Les conditions d'application de l'article 1730 sont : 1° la bonne foi de la personne qui a cru traiter avec un mandataire ; 2° des motifs raisonnables de cette croyance donnés par le mandant supposé. Au fond donc, le texte étant clairement rédigé, il ne se présentera que des questions de fait à trancher.

Ainsi, il a été jugé par la cour d'appel, dans une cause de *Morton* v. *The Niagara District Mutual Fire Insurance Company* (Beauchamp, Code Civil, sous article 1739), qu'une compagnie d'assurance qui laisse son principal agent s'annoncer comme le gérant de la compagnie pour la province de Québec est responsable du paiement des livres et papiers qui ont été vendus à ce dernier et qui ont été employés pour les affaires de la compagnie, bien que par son contrat l'agent se soit engagé à four-

(25) Voy. ce que j'en ai dit en mon tome 6, pp. 179, 180.

nir ces effets moyennant une commission sur les affaires qu'il ferait pour la compagnie.

Dans le cas d'un ouvrier engagé par des entrepreneurs pour la construction d'un chemin de fer, mais dont les gages et les frais de transport sont payés par la compagnie elle-même agissant comme banquier des constructeurs, il a été jugé que cet ouvrier avait cause raisonnable de croire que les entrepreneurs n'étaient que les mandataires ou agents de la compagnie, et que, partant, cette dernière pourrait être poursuivie en dommages pour violation de contrat: *Lapointe* v. *The Canadian Pacific Railway Co.* (7 L. N. 29; 19 R. L. 348).

Une compagnie d'assurance, qui autorise un solliciteur à effectuer des assurances en son nom, donne raison de croire qu'il est son agent: *Ansley* v. *Watertown Insurance Company* (11 L. N. 319 14 Q. L. R. 183).

L'autorisation donnée par des commerçants à un agent de faire affaires pour leur propre compte, sous une raison sociale portant le nom de l'agent, rend ces commerçants responsables du paiement d'un billet signé par cet agent et escompté de bonne foi par un tiers, quel que soit l'usage auquel l'agent aurait employé le produit du billet: *Lewis* v. *Walter* (12 L. N. 69; M. L. R. 4 B. R. 256; 16 R. L. 640).

Une personne, employée par une autre pour solliciter des annonces, n'est pas par là autorisée à retirer le montant convenu au contrat écrit et fait payable au mandant: *Rouillard* v. *Mariotti* (12 L. N. 259).

La partie est responsable du coût de l'impression d'un factum dans sa cause, faite à la demande d'un avocat, porteur des pièces du dossier, à qui la partie l'avait confié pour cette fin, quand même cet avocat ne serait pas celui qui aurait conduit la cause en première instance et dont le nom apparaîtrait au dossier, et quand même il serait établi que la partie a payé d'avance à l'avocat qui a fait imprimer le factum le coût de ce factum: *Globensky* v. *Marchand* (18 R. L. 198).

Lorsqu'un marchand vend, de bonne foi, à des personnes se

présentant comme mandataires d'une société, des marchandises qu'il livre à cette dernière et que celle-ci accepte, et que, de plus, par son silence et par ses actes, elle donne des motifs raisonnables de croire que ces personnes étaient réellement ses mandataires, elle devient responsable du prix des marchandises vendues: *Cassidy* v. *Montreal Fish and Game Club* (M. L. R. 6 S. C. 229; 13 L. N. 229); *Leclaire* v. *Landry* (19 R. L. 342).

Celui qui travaille pour un candidat dans une élection pour la chambre des communes a droit d'action contre ce dernier pour recouvrer la valeur de ce travail, pourvu qu'un compte ait été transmis à l'agent d'élection du candidat, dans le délai prévu par l'acte électoral. Mais s'il existe un comité chargé de promouvoir les intérêts de ce candidat, les membres qui le composent ne sont pas présumés être des mandataires de ce dernier, autorisés à le rendre civilement responsable des dépenses encourues par ce comité: *Guerin* v. *Taylor* (R. J. Q. 3 B. R. 86; R. J. Q. 2 C. S. 288; 16 L. N. 145).

Enfin, la cour de révision, dans la cause de *Pichette* v. *Morrissette* (R. J. O. 25 C. S. 46), a jugé qu'en l'absence d'un mandat spécial donné à sa femme, le mari n'est responsable des achats faits par cette dernière que s'ils ont pour objet des choses nécessaires à la vie de sa famille.

Ces arrêts, on le voit, sont purement des arrêts d'espèce.

Enfin, voici une conséquence extrême mais logique de la responsabilité du mandant. Le mandataire s'est rendu coupable d'une faute dans l'exécution de son mandat. En vain, le mandant voudrait-il soutenir qu'il n'avait pas autorisé le mandataire à commettre cette faute, qu'au contraire il lui a prescrit d'apporter à l'exécution du mandant toute la prudence possible. La loi ne l'en rend pas moins responsable, car la faute de son commettant est légalement présumée être sa faute propre. "Il est " responsable", dit l'article 1731, "des dommages causés par la " faute du mandataire, conformément aux règles énoncées en " l'article 1054". On justifie ordinairement cette disposition en disant que le mandant ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il a

choisi un mandataire imprudent ou inhabile. Cette raison est peu satisfaisante, car il se peut que le mandant ait pris toutes les précautions imaginables. En tout cas, il ne s'agit ici, comme le dit l'article 1731, que de l'application du principe général de l'article 1054, qui rend les maîtres et commettants responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers, dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés, et cela sans leur permettre de repousser cette responsabilité, comme le peuvent les père et mère, les tuteurs, curateurs, instituteurs et artisans, en démontrant qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a causé le dommage. Mais, bien entendu, le mandant ne sera responsable de la faute de son mandataire qu'autant que cette faute aura été commise dans l'exécution du mandat.

La cour d'appel, dans une cause de *Chrétien* v. *Crowley* (2 D. C. A. 385), confirmant la décision du juge Mathieu (11 R. L. 402), a jugé que le dol du mandataire est opposable au mandant.

Si un fils, propriétaire d'une terre, y place son père pour qu'il la cultive et en tire ainsi des moyens de subsistance, les relations entre le fils et le père sont celles de mandataire à mandant; et ils sont tous deux responsables des dommages causés à un voisin par un incendie allumé imprudemment par le père, en faisant des défrichements sur la terre: *Lamothe* v. *Bissonnette* (14 R. L. 129).

Le mari est responsable des actes de sa femme durant l'exécution d'un mandat qu'il lui a confié, et partant des dommages qu'elle cause en proférant des paroles injurieuses contre quelqu'un, même si aucunes conclusions spéciales n'ont été prises contre elle dans une action dirigée contre elle et son mari: *Dubuc* v. *Trottier* (R. J. Q. 19 C. S. 202).

Je puis au surplus renvoyer à la jurisprudence que j'ai citée sous l'article 1054.

CHAPITRE IV.—Des avocats, procureurs et notaires.

Il est question, dans ce titre, de certains mandataires de profession, si on peut les qualifier ainsi. Les avocats et procureurs, étant donnée l'organisation du barreau de la province de Québec, sont indubitablement des mandataires; ils sont des procureurs *ad litem*. Leur mandat est salarié et n'a pas besoin d'être exprès, car les limites de leurs pouvoirs sont tracées par le code de procédure civile. Comme tous autres mandataires, ils peuvent être révoqués par celui qui les a constitués, mais il y a ce trait particulier à noter que la révocation ne peut se faire qu'à la condition de leur payer leurs honoraires (art. 264 C. P. C.).

La partie peut aussi désavouer l'avocat qui a excédé ses pouvoirs ou qui a comparu pour elle sans autorisation (art. 251 C. P. C.).

Malgré que la rubrique de ce titre mette sur le même pied l'avocat et le notaire, je ne crois pas qu'il soit exact de dire, du moins en principe, que le notaire est un mandataire; il est plutôt un officier public chargé de recevoir les actes et déclarations des parties et de leur donner de l'authenticité. Quand il reçoit un acte, le notaire n'est certainement pas le mandataire de l'une ou de l'autre des parties; au contraire, ces parties, loin de se faire représenter par le notaire, comparaissent en personne et traitent directement l'une avec l'autre, et le rôle du notaire se borne à rédiger leur contrat sous une forme authentique. Ce n'est que lorsqu'il se charge de donner suite à un acte qu'il peut être regardé comme un mandataire (26).

---

(26) Telle est bien la véritable doctrine. Voy. Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 384, mais la jurisprudence française est en sens contraire. Le même auteur (n°s 379, 382) enseigne que l'avocat n'est pas un mandataire, mais que l'avoué, représentant son client, se trouve revêtu d'un véritable mandat. Ceci se comprend en France, mais nos avocats sont à la fois avoués et avocats, et partant doivent être considérés comme des mandataires. Le conseil qui plaide pour

Certaines décisions ont refusé de regarder l'avocat comme un mandataire quand il requiert les services d'un huissier ou ordonne l'impression des mémoires destinés à être produits devant les tribunaux. On ne peut justifier ces décisions qu'en disant que le mandat tacite de l'avocat ne s'étend point à de tels actes, et que, partant, agissant sans pouvoir, l'avocat s'engage personnellement.

L'huissier, en principe, n'est qu'un locateur de services; cependant, quand il est porteur d'un bref d'exécution, il a certainement le mandat de retirer le montant porté au bref et d'en donner quittance.

L'avocat, étant constitué aux fins d'une instance judiciaire, voit cesser ses pouvoirs lorsque cette instance a pris fin par le jugement. D'ailleurs, son mandat ne s'étend qu'aux actes de procédure, et bien qu'il soit autorisé à poursuivre le recouvrement d'une créance, il n'a pas, sans un pouvoir exprès, qualité de percevoir cette créance. Partant, la quittance qu'il en donnerait ne lierait pas sa partie.

Ces remarques d'une nature générale faites, et sauf à faire une courte revue de la jurisprudence en ces matières, je puis citer les articles 1732, 1733 et 1734 qui ne contiennent, au reste, que des dispositions de renvoi:

1732. "Les avocats, les procureurs et les notaires sont su-"jets aux règles générales contenues dans ce titre, en autant "qu'elles peuvent s'y appliquer. La profession d'avocat et de "procureur est réglée par les dispositions contenues dans l'acte "intitulé: *Acte concernant le barreau du Bas-Canada,* et celle "des notaires par un acte intitulé: *Acte concernant le nota-"riat"* (27).

---

une partie déjà représentée par un procureur *ad litem* n'est certainement pas un mandataire, et sa signature sur un acte de procédure serait sans effet; on peut le comparer à l'avocat français ou au *barrister* anglais.

(27) Ces lois sont remplacées maintenant par d'autres contenues aux statuts refondus de Québec. Voyez, pour la profession d'avocat les art. 3504 et suivants, et, pour les notaires les art. 3604 et suivants.

1733. " Les règles particulières relatives aux devoirs et aux " droits des avocats et procureurs dans l'exercice de leurs fonc- " tions auprès des tribunaux du Bas-Canada, sont contenues " dans le code de procédure civile et dans les règles de pratique " de ces tribunaux."

1734. " Les règles de la prescription, en ce qui concerne les " avocats et procureurs, et les notaires, sont exposées en l'article " 2260."

JURISPRUDENCE.

Avocats et Procureurs.

Responsabilité:—Bien qu'un avocat soit responsable des dommages qu'il cause à son client par son incompétence grossière, par sa malhonnêteté, ou sa négligence, il ne l'est cependant pas, s'il n'y a qu'une présomption contre lui, ou s'il existe un doute raisonnable en sa faveur: *Vallières* v. *Bernier* (2 R. de L. 471).

L'avocat qui intente une action sur la foi des instructions qu'il a reçues de ses clients est, à l'égard de ceux-ci, le seul juge de la nature de l'action qu'il faut instituer, et si sa procédure est faite de bonne foi et dans la mesure des connaissances que le client lui reconnaît, il n'est pas responsable des erreurs qui pourraient se rencontrer dans cette procédure: *Trenholme* v. *Mitchell* (20 R. L. 355).

Pour priver un avocat de ses honoraires, il faut prouver qu'il a agi avec fraude ou avec une ignorance grossière des devoirs de sa profession: *Davidson* v. *Laurier* (1 D. C. A. 366).

Un avocat n'engage pas sa responsabilité civile en faisant enregistrer un jugement en faveur de son client, si cet enregistrement a été fait en sa qualité professionnelle: *Seymour* v. *Seymour* (21 R. L. 39).

Un avocat qui, durant le cours d'un procès, fait des remarques sur le caractère d'un témoin, ou, durant l'examen du témoin, l'accuse d'être un menteur ou un parjure, ne peut, à raison de ces faits, être poursuivi en dommages-intérêts, s'il a agi

sans malice et selon les instructions reçues de son client: *Lavoie* v. *Gagnon* (10 L. C. R. 185).

Deux avocats, qui pratiquent leur profession en société, sont conjointement et solidairement responsables vis-à-vis d'un client qu'ils ont représenté *ad litem*, et pour le compte duquel un des associés a perçu de l'argent, quand même cet argent aurait été reçu après la reddition du jugement dans la cause où ils occupaient: *Julien* v. *Prévost* (8 L. N. 143); *Ouimet* v. *Bergevin* (22 L. C. J. 265; 1 L. N. 118).

Cependant, la cour d'appel a décidé que les membres d'une société civile, par exemple une société d'avocats, ne sont pas responsables solidairement des dettes sociales, et qu'ils n'en sont tenus, vis-à-vis des tiers, que conjointement et par parts égales, cette distinction s'appliquant aux dettes commerciales que la société peut contracter, comme un billet promissoire signé de la raison sociale: *Drouin et al.* v. *Gauthier* (5 R. P. 211; 9 Rev. de Jur. 176).

Un avocat n'est pas responsable personnellement du paiement de l'indemnité due aux témoins assignés par lui à la demande de son client: *Laroche* v. *Holt* (3 L. C. R. 109).

Le procureur *ad litem* n'est pas tenu de payer les frais et déboursés du shérif, sur les brefs d'exécution émanés sur le *fiat* de ce procureur: *Boston* v. *Taylor* (7 L. C. R. 329; 1 L. C. J. 60).

L'avocat n'est pas personnellement responsable du paiement des honoraires d'un huissier dont il a requis les services, s'il n'a agi que comme avocat et sans convention quant au paiement, et s'il n'a pas reçu de son client le prix des dits services: *Plante* v. *Cazeau* (1 Q. L. R. 203); *Gélinas* v. *Dumont* (10 R. L. 229; 33 L. C. J. 211; 18 R. L. 589); *Théroux* v. *Pacaud* (6 Q. L. R. 14; 33 L. C. J. 211; 18 R. L. 589). *Contra*: *Daoust* v. *Grondin* (R. J. Q. 7 C. S. 230).

Cependant, si ce procureur fait un arrangement spécial avec l'huissier qu'il emploie quant à ses honoraires, sans spécifier qu'il ne contracte pas pour lui-uême, il devient personnellement responsable: *Panneton* v. *Guillet* (7 Q. L. R. 250; 4 L. N. 375).

Ajoutons qu'il a été décidé que l'avocat et le client sont conjointement et solidairement responsables des honoraires d'huissier: *Devlin* v. *Bibeau* (30 L. C. J. 101) ; *Decelles* v. *Bazin* (R. J. Q. 19 C. S. 399).

Preuve:—Un avocat qui poursuit pour ses honoraires doit prouver la réquisition de ses services: il n'est pas suffisant de prouver qu'il a, de fait, occupé pour la défense: *Vandervelden* v. *Pelland* (3 R. L. n. s. 228).

Un avocat, qui comparaît dans une cause pour un défendeur qui n'a pas été assigné régulièrement et qui nie avoir employé cet avocat, est tenu de prouver qu'il était autorisé, avant de pouvoir réclamer ses honoraires, et ce sans qu'il soit besoin d'un désaveu: *Felton* v. *Asbestos Packing Company* (7 Q. L. R. 265; 4 L. N. 384).

Cependant, il a été décidé, dans la cause de *McKercher* v. *Simpson* (6 L. C. R. 311), que la partie demanderesse ne peut révoquer en doute le mandat d'un avocat qui comparaissait pour un défendeur auquel le bref n'avait pas été signifié.

Il est à peine nécessaire de citer un arrêt jugeant qu'un avocat a droit aux honoraires d'une consultation donnée en dehors de son bureau, dans l'espèce, dans un tramway: *Cooke* v. *Penfold* (7 L. N. 176).

Un avocat n'est pas tenu de produire son mandat, même s'il plaide pour une corporation, ni une résolution du conseil de cette corporation l'autorisant à poursuivre, la question de l'existence de telle résolution ne pouvant se soulever qu'entre la corporation et son procureur: *Duvernay* v. *Corporation de St-Barthélemi* (1 R. L. 714; 14 R. J. R. Q. 437) ; *Nadeau* v. *Commissaires d'Ecoles de St-Frédérick* (R. J. Q., 6 C. S. 66; R. J. Q. 2 C. B. R. 108) (28).

Le mandat de l'avocat ne peut être prouvé par témoins, à

(28) Il en serait différemment si l'avocat comparaissait au nom d'une fabrique d'église.

moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit: *Longpré* v. *Patenaude* (7 R. L. 246; 12 L. N. 227; 20 L. C. J. 28); *Ethier* v. *Hurteau,* (11 L. N. 188; M. L. R. 4 C. S. 36) (29).

Dans le cas de désaveu, le juge ne doit pas présumer que l'avocat avait mandat d'agir, en l'absence de preuve par l'une ou l'autre partie: *Lajeunesse* v. *Augé* (M. L. R. 7 S. C. 459).

Cependant cette présomption découle du fait que l'avocat est porteur des pièces ou des titres de créance, que la partie elle-même lui a remis par son fondé de pouvoir, ou par une tierce personne, sans qu'il y ait fraude de sa part: *Moss* v. *Moss* (9 L. C. J. 328); *Toussignant* v. *Badeau* (11 Q. L. R. 349); *Bernard* v. *Elliott* (12 L. N. 146); *Clavet* v. *Langlois* (1 R. de J. 53); *Dupuis* v. *Archambault* (R. J. Q. 7 B. R. 393).

Etendue du mandat:—L'avocat peut, en vertu de son mandat général *ad litem,* renoncer à un acte de procédure nul en la forme, pour le remplacer par un acte régulier: *Séguin* v. *Gaudet* (12 L. N. 266).

L'avocat qui est autorisé, par une partie, à la représenter dans une poursuite, n'a pas besoin d'un mandat spécial pour continuer à la représenter sur l'exécution du jugement par lui obtenu et sur la distribution des deniers prélevés: *Foisy dit Frenière* v. *Wurtele* (18 R. L. 558, 577; 34 L. C. J. 248).

L'avis au régistrateur, mentionné à l'article 2171 C. C., peut être donné par le procureur *ad litem* de la partie qui a obtenu le jugement à enregistrer; quoiqu'il ne représente pas alors la partie comme mandataire, son mandat ayant pris fin avec l'instance, il agit comme *negotiorum gestor,* et son acte profite à celui dans l'intérêt duquel il est fait: *Leclerc* v. *Martin* (17 Q. L. R. 177).

(29) Observons que l'avocat étant maintenant témoin compétent quant à la réquisition, à la nature et à la durée de ses services (art. 3597 S. R. P. Q., tel que modifié par 54 Vict., ch. 32, art. 2), il n'y a aucun doute qu'on ne saurait exiger un commencement de preuve avant de lui permettre de témoigner à cet égard.

Le procureur *ad litem* ne peut lier son client par une convention avec l'avocat de la partie adverse, par laquelle il se serait engagé à ne pas appeler d'un jugement rendu contre ce client: *La société canadienne-française de construction de Montréal* v. *Daveluy* (20 Supreme Court Reports 449; M. L. R. 7 Q. B. 417; 15 L. N. 166; 20 R. L. 638).

Le procureur qui, après avoir intenté une action, reçoit instruction de la discontinuer, reste dans les limites de son mandat, lorsque cette action, étant nulle pour vice de forme, il la retire, en paie les frais et en intente une nouvelle qu'il conduit au point où devait être la première, lorsque les instructions de discontinuer ont été données: *Giguère* v. *Quebec, Montmorency and Charlevoix Railway* (R. J. Q. 3 C. S. 405).

Le mandat du procureur *ad litem* de comparaître pour son client et de le représenter dans un procès n'implique pas l'autorisation de requérir les services d'un conseil; et le client n'est pas responsable des honoraires de ce conseil qui a occupé sans son autorisation ou hors sa connaissance: *Augé* v. *Filiatrault* (R. J. Q. 10 C. S. 157); *Taylor* v. *Alexander* (R. J. Q. 12 C. S. 159).

La remise des pièces par une partie à un avocat comporte l'autorisation pour ce dernier d'occuper pour les autres parties qui ont le même intérêt dans l'affaire, même si cette remise a été faite sans leur consentement et à leur insu, surtout lorsque la pièce est commune à tous: *Dupuis* v. *Archambault* (R. J. Q. 7 B. R. 393).

Le mandat donné à un avocat par les membres d'un équipage l'autorisant à poursuivre le propriétaire d'un navire pour frais de sauvetage, ou à régler autrement leur réclamation, ne donne pas à ce procureur le droit de recevoir le paiement de la somme accordée pour ces frais, ni d'en faire une distribution par parts égales entre les matelots: *Churchill* v. *McKay* (20 Supreme Court Reports 472).

L'avocat n'étant que le mandataire de la partie, et le mandant pouvant agir sans le concours du mandataire, le client peut pro-

duire personnellement un désistement de l'instance, sans la participation de son procureur: *Levasseur* v. *Ville de Lévis* (R. J. Q. 19 C. S. 212); *Ryan* v. *Ward* (6 L. C. R. 201).

L'avocat, dans un procès, est *dominus litis,* et ne peut être lié par une entente intervenue entre son client et la partie adverse ou son avocat, sans son autorisation: *O'Connell* v. *Corporation of Montreal* (4 L. C. J. 56; 10 L. C. R. 19).

Il a été aussi jugé dans un grand nombre d'arrêts qu'un avocat pouvait obtenir du tribunal la permission de continuer l'action exclusivement dans son propre intérêt, pour les frais de la cause, lorsqu'un règlement est intervenu ou un désistement a été produit, avec l'intention, par les deux parties, ou par l'une d'elle de connivence avec l'autre, de frauder l'avocat de ses droits: *Farquhar* v. *Johnson* (M. L. R. 6 C. S. 25; 34 L. C. J. 139; 13 L. N. 154); *Williams* v. *Montrait* (1 L. N. 339; 24 L. C. J. 144; 3 L. N. 10, 24); *Peltier* v. *Landry* (2 R. de L. 120); *Stigny* v. *Stigny* (2 R. de L. 120); *Laplante* v. *Laplante* (3 L. N. 330); *Richards* v. *Ritchie* (6 L. C. R. 98); *Lecompte* v. *La fabrique de St-Jean* (13 L. C. R. 66); *Lafaille* v. *Lafaille* (1 R. L. 90; 14 L. C. J. 262; 20 R. J. R. Q. 180, 577); *Quebec Bank* v. *Paquette* (13 L. C. J. 122); *Castonguay* v. *Perrin* (14 L. C. J. 304); *Gosselin* v. *Mongeau* (5 L. N. 378).

Dans les espèces ci-dessus il y avait preuve de fraude. Lorsque cet élément manque, l'avocat, n'étant que le mandataire de la partie qu'il représente, et le mandant pouvant toujours agir sans le concours du mandataire, cet avocat ne peut, lorsque les parties ont réglé leurs difficultés sans son consentement, demander à continuer la cause contre la partie adverse pour ses frais: *Beaudry* v. *Lusher* (R. J. Q. 13 C. S. 294; 4 R. L. n. s. 134; 1 R. P. 140); *Delaney* v. *Lionais* (R. J. Q. 19 C. S. 288); *Lareau* v. *Marineau* (R. J. Q. 21 C. S. 469); *McCord* v. *McCord* (2 D. C. A. 367); *Carrier* v. *Côté* (6 Q. L. R. 297; 4 L.N. 110).

Secret professionnel:—L'un des traits caractéristiques du mandat de l'avocat est ce que l'on est convenu d'appeler le se-

cret professionnel. Il a pour effet de rendre privilégiées les communications, soit verbales soit écrites, que peut avoir l'avocat avec son client. Cependant, pour que tel privilège existe, il faut nécessairement que ces communications soient faites dans des conditions jugées suffisantes par le tribunal et soient la conséquence de la confiance qu'inspire le ministère de l'avocat.

Ainsi il a été jugé qu'un avocat est tenu de déclarer, comme tiers-saisi, quelles sommes d'argent il a en sa possession appartenant à son client: *MacKenzie* v. *MacKenzie* (9 L. C. J. 87).

De même, un avocat ne peut refuser de répondre, comme témoin, sur des faits relatifs à une transaction où lui-même est partie: *Ethier* v. *Homier* (18 L. C. J. 83).

Un avocat ne peut pas non plus ne pas dévoiler les explications ou les altercations qui ont eu lieu entre les deux parties, sans précautions aucunes, hors du cabinet, en présence des avocats des parties et d'autres personnes: *Bulman* v. *Andrews* (12 R. L. 332).

Il a été aussi décidé que si un client a consenti, dans une cause, à révéler les communications par lui faites à son aviseur légal, il ne peut invoquer le privilège du secret professionnel dans une autre cause: *Black* v. *Giberton* (16 R. L. 22).

D'autres arrêts d'espèce, quant au privilège de l'avocat, ont été rendus dans les causes suivantes: *Forsyth* v. *Charlebois* (12 L. C. J. 264; 17 R. J. R. Q. 515, 565); *Ex parte Kavanagh* (7 L. N. 316); *Ex parte Abbott* (7 L. N. 318).

Durée du mandat: — Le procureur de la partie, en première instance, à qui on signifie une inscription en révision, continue de représenter son client devant la cour de révision, et a droit, même sans comparution, à l'honoraire fixé par le tarif, si la cause est réglée avant audition; mais il ne peut réclamer les frais d'une comparution produite après que la partie adverse s'est désistée de son inscription en révision: *Durnford* v. *Hannah* (R. J. Q. 12 C. S. 431; 4 R. L. n. s. 81; 1 R. P. Q. 18).

Une inscription en révision peut être faite par un autre avo-

cat que celui au dossier, sans qu'il soit besoin de substitution: *Desrosiers* v. *McDonald* (3 R. L. 445; 2 R. C. 110).

Toutefois, si un avocat a continué de représenter une partie, subséquemment au jugement, un autre avocat ne peut agir sans qu'il y ait substitution: *Gillespie* v. *Spragge* (6 L. C. J. 28).

Il est laissé à l'entière discrétion du tribunal de permettre à un avocat de se retirer du dossier, en par lui donnant avis à la partie adverse et à son propre client: *Archambault* v. *Westcott* (23 L. C. J. 292).

L'avocat, qui agit dans une action en reddition de compte, a mandat pour représenter l'oyant-compte sur la contestation de ce compte: *Poirier* v. *Lavergne* (M. L. R. 1 C. S. 199; 8 L. N. 132).

La signification d'une motion pour péremption d'instance faite à l'un seulement des membres vivants d'une société d'avocats dissoute, est irrégulière et insuffisante: *Glass* v. *Eveleigh* (R. J. Q. 18 C. S. 531).

Mais, lorsque deux procureurs sont associés, et que l'un d'eux meurt, ou devient juge ou accepte une fonction incompatible avec la profession d'avocat, ou est absent du pays, une signification faite à l'autre associé est suffisante, et ce dernier peut continuer à conduire la cause et représenter la partie, sans qu'il y ait lieu à substitution: *McCarthy* v. *Hart* (9 L. C. R. 395); *Charby* v. *Charby* (17 R. L. 374); *Brunelle* v. *McGreevy* (12 Q. L. R. 85; 19 R. L. 367); *Stearns* v. *Ross* (M. L. R. 5 C. B. R. 1; 19 R. L. 366; 12 L. N. 303); *Giguère* v. *Quebec, Montmorency and Charlevoix Railway Company* (R. J. Q. 3 C. S. 405); *Richardson* v. *Tabb* (4 R. L. 388); *Duperrault* v. *Miron*, R. J. Q., 16 B. R. 168.

Un avocat n'a aucun droit d'action contre son client pour les frais d'une cause non encore terminée, à moins qu'il ne soit établi qu'il y a eu règlement hors de cour et que le litige a pris fin: *Atwell* v. *Browne* (9 L. C. J. 155); *Maloney* v. *Fitzgerald* (3 Q. L. R. 381; 1 L. N. 174); *Loranger* v. *Filiatrault* (R. J. Q. 2 C. S. 356; 16 L. N. 159); *O'Farrell* v. *Reciprocity Mining Co.* (4 Q. L. R. 198); *Taillon* v. *Mailloux* (R. J. Q. 6 C. S. 294).

Notaires.

La chambre des notaires, par sa commission de discipline, n'a juridiction, dans le cas de plainte contre un notaire pour actes constituant des félonies, qu'après qu'ils ont été prouvés devant un tribunal compétent, savoir celui ayant juridiction criminelle: *Tremblay* v. *Bernier et al.* (1 Revue du Notariat, 332).

L'acceptation d'une délégation de paiement n'est pas nulle, parce que le notaire instrumentant serait le mari de l'une des parties originairement responsable de la dette: *Moore* v. *Smart* (R. J. Q. 6 C. S. 432).

Un notaire est un officier public qui ne peut être poursuivi en dommages à raison d'un acte fait par lui dans l'exercice de ses fonctions, sans qu'un avis d'un mois lui ait été donné: *Lasnier* v. *Dozois* (R. J. Q. 15 C. S. 604); *Gervais* v. *Nadeau* (3 R. P. Q. 18; 6 R. de J. 157).

Le notaire instrumentant, qui reçoit un acte d'obligation, n'a pas mandat tacite pour recevoir, au nom du débiteur, les deniers prêtés, et, si ces deniers lui sont mis entre les mains par le prêteur, ce dernier ne sera pas, par cela, déchargé de l'obligation de les fournir à l'emprunteur, si le notaire ne les lui remet pas: *Webster* v. *Dufresne* (15 R. L. 210; M. L. R. 3 B. R. 43; 10 L. N. 142; 31 L. C. J. 100).

Un notaire, poursuivi pour avoir certifié et délivré une copie inexacte d'un acte de vente, ne peut être tenu responsable des dommages causés à l'une des parties, si cette dernière refuse de permettre au notaire de corriger cette erreur, aussitôt qu'elle a été découverte: *Bourdeau* v. *Dupuis* (7 L. C. J. 34; 12 R. J. R. Q. 7).

En principe, le notaire, dans la rédaction de ses actes, est spécialement chargé d'observer les formalités nécessaires à leur validité, et les nullités provenant de vices de forme lui sont imputables: *Dupuis* v. *Rieutord* (30 L. C. J. 99; M. L. R. 2 C. S. 226; M. L. R. 1 C. S. 356; 18 R. L. 625; 8 L. N. 330).

CHAPITRE V.—Des courtiers, facteurs et autres agents de commerce.

Les dispositions que je vais rapporter tiennent du droit commercial plutôt que du droit civil. Elles traitent des droits et des obligations des courtiers, facteurs et autres agents commerciaux, lesquels sont des mandataires, mais l'intérêt du commerce a fait décréter à leur égard des règles spéciales. Ce sont ces règles spéciales que nous allons étudier dans ce chapitre. Je puis ajouter que le législateur s'inspire ici surtout du droit anglais; ainsi, les dispositions que je citerai ne se trouvent ni au code civil français ni, textuellement, au code de commerce, bien qu'il n'y ait pas, entre les deux systèmes, des différences bien tranchées.

Mais puisque les courtiers et facteurs sont des mandataires, on leur appliquera les règles générales contenues en ce titre, en faisant prévaloir toutefois les dispositions spéciales de ce chapitre. C'est du reste ce que déclare l'article 1737 en ces termes:

1737. " Les courtiers et les facteurs sont assujettis aux règles générales énoncées dans ce titre, lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les articles de ce chapitre."

Nous allons maintenant rapporter les règles spéciales qui régissent les courtiers et facteurs.

Définissons, d'abord, avec le code, le *courtier* et le *facteur*.

I. **Définitions.**—"Le *courtier*", dit le premier alinéa de l'article 1735, "est celui qui exerce le commerce ou la profession de négocier entre les parties les achats et ventes ou autres opérations licites."

"Un *facteur* ou marchand à commission", ajoute l'article 1736, " est un agent employé à acheter ou à vendre des marchandises pour un autre, soit en son propre nom ou au nom du princi-

“ pal, de qui il reçoit une rétribution communément appelée “ *commission.*”

Il y a une grande variété de courtiers, comme du reste l'article 1735 l'indique en disant que le courtier est celui qui est chargé de négocier les achats et ventes ou autres opérations licites. Ainsi, il y a le *courtier de la bourse,* dont la profession est d'effectuer l'achat ou la vente de fonds publics ou d'actions dans les compagnies financières, commerciales ou industrielles, le *courtier d'assurance* qui se charge de négocier les contrats d'assurance, le *courtier de douane* qui fait faire l'entrée en douane de marchandises frappées de droits douaniers, etc. Le courtier est donc un agent, un intermédiaire, mais il fait profession de cette agence et c'est ce qui le distingue des autres agents (1).

A première vue la définition que le code donne du courtier se rapproche de celle du facteur. Comme le courtier, le facteur est un agent, il est chargé d'acheter ou de vendre des marchandises pour un autre, et il est payé au moyen d'une commission. Donc il exerce le commerce de négocier les achats et ventes, tout comme le courtier. Mais ce qui distingue l'un de l'autre, c'est que le courtier est ordinairement un intermédiaire par lequel deux parties contractent ensemble; “il peut être,” dit le deuxième alinéa de l'article 1735, “ le mandataire des deux parties et par ses

(1) Les agents d'immeubles se dénomment parfois *courtiers d'immeubles.* La définition de l'art. 1735 serait peut-être assez compréhensible pour les inclure, mais la rubrique de ce chapitre indique qu'il y est question d'agents de commerce. J'ai dit ailleurs qu'il y a controverse sur la question de savoir si un immeuble peut être l'objet d'un acte de commerce, et j'ai exprimé mon opinion personnelle que l'achat de terrains pour y ériger des constructions et ensuite revendre le tout, devrait être regardé comme un acte de commerce. (Voy. mon tome 6, p. 63, note (b).). Cependant, je dois admettre que notre jurisprudence se refuse de voir, dans le mandat accordé à un individu de vendre des immeubles, un acte commercial. (*Trudeau* v. *Rochon,* Pagnuelo, J., R. J. Q., 8 C. S., p. 387; *Baillie* v. *Nolton,* Lynch, J., R. J. Q., 12 C. S., p. 534; *Laflamme* v. *Dandurand,* R. J. Q., 26 C. S., p. 499, confirmé par la cour de revision).

"actes les obliger toutes deux relativement à l'affaire pour la-"quelle elles l'emploient" (2).

Donc le courtier, c'est celui qui, d'ordinaire,—mais il n'est pas nécessaire qu'il en soit ainsi,—prête son ministère à deux parties, qui, par son entremise, font l'une et l'autre un contrat ayant pour but un achat, une vente ou toute autre opération commerciale permise par la loi. C'était le *proxénète* du droit romain, terme qui, suivant Ulpien, s'entendait de ceux qui se rendaient utiles et nécessaires, moyennant salaire, dans les achats, les ventes, les affaires de commerce et les contrats licites.

Le facteur, au contraire, ne représente que l'une des parties, le vendeur ou l'acheteur, et il traite directement avec les tiers, soit en son nom, soit au nom de son commettant. Il se distingue

---

(2) Observons, toutefois, que le courtier ne peut être le mandataire des deux parties lorsque leurs intérêts sont en conflit. Ainsi le bon sens démontre que le courtier qui est chargé de vendre une chose au prix le plus élevé possible, ne peut être en même temps le mandataire d'un acheteur qui lui donne la mission d'acquérir cette chose au prix le plus bas. Il y aurait alors conflit et incompatibilité entre les deux mandats. Mais lorsque son client lui donne instruction de vendre à tel prix, le courtier peut être le mandataire de l'acheteur qui le charge d'accepter l'offre du vendeur. *American and English Ency. of Law*, 2e *éd.*, vo *Broker*, tome 4, p. 966.

Ainsi, dans une cause de *Connecticut Fire Insurance Company* v. *Kavanagh* (M. L. R., 5 C. S., 262; M. L. R., 7 B. R., 323; P. C., L. R., (1892) App. Cas., 473; 15 L. N., 308; 13 L. N., 3; 21 R. L., 320; 61 L. J. P. C., 50; 67 L. R., 508), le défendeur, courtier d'assurance, était l'agent de deux compagnies d'assurance. Sur instructions de l'une d'elles, il annula un risque assumé par elle, et le transporta à l'autre compagnie, sans toutefois le faire savoir à l'assuré. Le même jour, un incendie eut lieu, et toutes les pertes furent payées par cette dernière compagnie, laquelle toutefois intenta une action contre l'agent pour le recouvrement du montant payé, alléguant que l'agent l'en avait frauduleusement rendue responsable. Mais il fut définitivement jugé par le conseil privé que le transport du risque était valide, pour la raison que l'agent pouvait agir comme le mandataire de la compagnie d'assurance et de l'assuré.

en outre du courtier en ce qu'il peut agir tant en son nom qu'en celui de son mandant, tandis que le courtier agit toujours au nom de la partie qui l'a employé. De plus, le facteur a la possession des marchandises qu'il achète ou vend (3), il a même, pour le remboursement de son dû, un droit de rétention sur ces marchandises, alors que le courtier n'a pas ordinairement cette possession ni ce droit de rétention.

Le facteur, dont il est question dans ce chapitre, ressemble beaucoup au *commissionnaire* du droit français. Ce commissionnaire se charge de la vente ou de l'achat de marchandises pour le compte d'un commettant, et les opérations qu'il fait, il les conclut ordinairement en son propre nom, et alors il engage sa responsabilité personnelle. Cependant, lorsqu'il contracte au nom de son commettant, ce dernier seul est engagé et il y a lieu à l'application des règles ordinaires du mandat. Le droit français ne fait pas, comme notre droit, la distinction entre le commissionnaire qui agit pour un commettant domicilié à l'étranger, et celui dont le commettant demeure en France.

Bien qu'il y ait une distinction entre le courtier et le facteur, il va sans dire que la même personne peut être courtier et facteur. Il convient d'ajouter, toutefois, que les courtiers de bourse forment des corporations qui contrôlent le courtage dans les opérations de bourse et qui sont des intermédiaires obligés pour quiconque veut acheter ou vendre, par l'entremise d'un courtier, des valeurs cotées à la bourse (4).

---

(3) Dans la cause de *Crane* v. *Nolan* (19 L. C. J., 309; 4 R. L. 657; 11 R. L., 327; 2 R. C., 485), on a signalé cette possession des marchandises comme distinguant le facteur du courtier.

(4) Ce n'est pas à dire, bien entendu, qu'un actionnaire ne puisse vendre directement et sans l'entremise d'un courtier, les actions dont il est porteur, mais s'il veut vendre à la bourse — comme se font la plupart des ventes — il est obligé de s'adresser à l'un des courtiers de la bourse où la vente doit se faire. Ces courtiers forment des corporations constituées par des lois spéciales; comme exemple du genre, je puis signaler la loi 37 Vict., ch. 54, qui a constitué la "Bourse de commerce de Montréal".

Notre code se contente, à l'article 1735, de formuler la définition du courtier, et toutes les autres dispositions de ce chapitre, sauf l'énonciation générale de l'article 1737, se réfèrent au facteur. Il était assez difficile, du reste, de donner ici d'autres développements. Comme je l'ai dit, il y a une grande variété de courtiers, et les règles, qui proviennent pour la plupart des usages du commerce, varient suivant le genre d'affaires dont le courtier s'occupe. D'ailleurs, comme il n'y a, dans ce chapitre, aucune règle spéciale à l'égard des courtiers, il n'y aura qu'à leur appliquer les principes du mandat, en se rappelant, toutefois, qu'en cette matière les usages du commerce exercent une grande influence.

Dans la cause de *Stubbs* v. *Conroy* (2 Q. L. R. 53), il a été décidé que le facteur ne pouvait réclamer sa commission, à moins que le contrat de vente, effectué par son entremise, n'ait été entièrement conclu.

L'on a de plus décidé, dans la cause de *Tourville* v. *Essex* (8 L. C. J. 314), que dans les achats et ventes qu'ils font, les courtiers doivent donner des avis par écrit, *bought and sold notes,* tant au vendeur qu'à l'acheteur.

Je vais donc, dans la suite de ce chapitre, m'occuper du facteur et des autres agents de commerce.

II. **De la responsabilité du facteur et de son commettant.**—D'après les principes du mandat, le mandataire agissant au nom du mandant et dans les limites de son mandat n'est pas responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte, mais l'article 1715, qui formule cette règle, excepte le cas du facteur. Et quant à la responsabilité de ce dernier, la loi distingue selon que le commettant demeure ou non à l'étranger. Si le commettant réside en cette province, les règles ordinaires, et notamment celle de l'article 1715, s'appliquent. Si, au contraire, il est d'un autre pays, le facteur est responsable vis-à-vis des tiers, et cela bien qu'il ait dénoncé le nom de son commettant, sauf, bien entendu, la convention contraire. C'est ce que dit en ces termes l'article 1738.

1738. "Le facteur qui a son principal dans un autre pays "est responsable personnellement envers les tiers avec qui "il contracte, soit que le nom du principal soit con- "nu ou ne le soit pas. Le principal n'est pas respon- "sable envers les tiers sur semblables contrats, à moins qu'il ne "soit établi que le crédit a été donné également au principal "comme au facteur, ou au principal seul."

Donc, par exception à la règle que le mandataire, traitant au nom du mandant et dans les bornes de sa procuration, n'est pas responsable envers les tiers avec qui il contracte, le facteur qui a son commettant dans un autre pays est personnellement responsable, et cela alors même qu'il ait déclaré agir au nom de ce commettant. La seule raison que l'on puisse donner de cette dérogation à la règle ordinaire et presque fondamentale du mandat—et il est à observer que cette dérogation n'est plus admise dans le droit anglais et à plus forte raison dans le droit français (5),— c'est que l'on doit présumer que le tiers qui a traité avec l'agent qu'il connaît, a donné crédit à celui-ci plutôt qu'au commettant étranger qu'il ne connaît pas et qui n'est pas soumis aux lois ni justiciable des tribunaux de l'endroit où le contrat a été fait. On peut encore invoquer ce que les anglais appellent *the convenience of trade.* Il aurait été plus raisonnable, pour déterminer les obligations des parties, de s'en rapporter uniquement aux termes du contrat, car si le tiers ne veut pas se con-

---

(5) A ce propos nous lisons ce qui suit dans *The American and English Encyclopedia of Law*, v° *Agency*, 2e éd., t. 1er, pp. 1121-2: "It "was formerly the rule that agents acting for principals resident in "a foreign country were held personally liable upon all contracts "made by them for their principals, and this without any distinction "whether they describe themselves in the contract or not. The more "modern rule is that it makes no difference whether the principal is "a foreigner or not; if by the language of the contract the agent, "and not the principal, is bound, such must be its construction; and, "on the other hand, if it clearly binds the principal and is to form "a contract with him only, the agent must be exonerated." Et voy. le même ouvrage, v° *Factors or Commission Merchants*, t. 12, p. 692.

tenter d'un recours, peut-être problématique, contre le commettant étranger, il peut bien stipuler que le facteur sera seul responsable à son égard (6). A tout événement, nous sommes en présence ici d'une présomption légale, laquelle, cependant, comme notre article le démontre, peut être repoussée s'il appert que le crédit a été donné également au commettant comme au facteur, et alors tous deux seront responsables des suites du contrat, ou au commettant seul, et dans ce cas le facteur sera exonéré de toute responsabilité. Comme il s'agit d'une présomption légale, la clause d'où on déduirait la non-responsabilité du facteur ne doit pas être équivoque.

Ainsi il fut jugé, dans la cause de *Crone* v. *Nolan,* déjà citée à la page 83 (19 L. C. J. 309), que, bien que la responsabilité personnelle du *facteur* ou *commissionnaire* soit présumée par la loi, quand il agit pour un principal étranger, il peut cependant se faire libérer de cette responsabilité par les termes du contrat ou par les circonstances qui l'ont accompagné.

La cour d'appel a de même décidé, dans la cause de *Evans* v. *McLea* (1 D. C. A. 201; 4 L. N. 76; 2 L. N. 370), que des agents à commission, dont le principal est à l'étranger, sont personnellement responsables en vertu d'un contrat signé par eux de leur propre nom, bien qu'ils soient désignés comme agents, même si l'autre partie contractante savait qu'ils vendraient des marchandises pour un principal étranger.

Le juge Mathieu a aussi jugé, dans la cause de *Lemire* v. *Dixon* (11 R. L. 323), que le sous-agent ou sous-facteur d'un principal étranger, qui achète des effets dans la province de Québec, est responsable personnellement pour le prix des effets achetés, même s'il déclare le nom de l'agent principal résidant dans la province, lors de l'achat.

Cependant, la cour d'appel, deux ans plus tard, dans une cause de *Dixon* v. *Etu* (7 L. N. 213), a rendu une décision con-

(6) La nouvelle règle que j'ai rapportée en la note précédente est donc plus conforme aux véritables principes juridiques.

traire; elle a jugé que le facteur ou agent d'un principal étranger est seul personnellement responsable envers les tiers, et que les personnes employées par ce facteur ou agent, leur mandant, ne sont pas responsables personnellement des opérations faites au nom de ce dernier.

Nos tribunaux n'ont pas, que je sache, défini l'expression "autre pays" dont se sert l'article 1738. Elle comprendrait—on n'en peut douter—tout autre pays que la confédération canadienne, et le doute ne peut exister que sur la question de savoir si la présomption de l'article 1738 s'appliquerait lorsque le commettant est d'une autre province du Dominion. Lorsque le code civil a été adopté, les provinces de Québec et d'Ontario étaient réunies sous un même gouvernement; les autres provinces, au contraire, constituaient des colonies distinctes et auraient probablement été regardées comme un autre pays, ainsi qu'on le déciderait sans doute aujourd'hui dans le cas de Terreneuve. Si nous recherchons la raison de la distinction que fait l'article 1738, c'est, d'après les auteurs dont les codificateurs se sont inspirés, et je puis citer Story (7), "that the party dealing with "the agent intends to trust one who is known to him, and re-"sides in the same country, and is subject to the same laws as "himself, rather than to one who, if known, cannot, from his "residence in a foreign country, be made amenable to those "laws, and whose liability may be affected by local institutions "and local exemptions, which may put at hazard both his rights "and his remedies."

Ces raisons, il me semble, ne s'appliqueraient pas lorsque le commettant demeure dans une autre province du Dominion, car, bien que la loi de la province de Québec diffère de celle des autres provinces, c'est notre droit qui régirait le contrat fait dans la province de Québec, et tout jugement qui interviendrait contre le commettant ici pourrait être rendu exécutoire contre lui dans une autre province. D'ailleurs, il s'agit d'une présomption lé-

(7) Voy. DeLorimier, Bibliothèque du code civil, t, 14, p. 240.

gale et d'une dérogation à une règle fondamentale du mandat; partant, l'interprétation restrictive s'impose. Je crois donc que l'expression "autre pays" ne doit s'entendre que des pays en dehors de la confédération canadienne, et partant que l'article 1738 ne s'appliquerait pas si le commettant est d'une autre province du Dominion.

III. **Des droits des tiers qui traitent avec le facteur.**—Le facteur peut être employé soit pour acheter des marchandises soit pour les vendre. Quand il les vend et qu'il les a en sa possession—et nous avons vu que c'est la possession des marchandises qui caractérise la profession du facteur—toute personne peut les acheter de lui et lui en payer le prix sans craindre une revendication possible du propriétaire, et cela sans égard à la connaissance que l'acheteur peut avoir que la personne avec qui il traite n'est qu'un facteur. C'est ce que porte en ces termes l'article 1739:

1739. "Toute personne peut contracter, pour l'achat de marchandises, avec le facteur qui les a en sa possession, ou à qui "elles ont été consignées, et peut les recevoir de lui et lui en "payer le prix; et tel contrat et paiement lient le propriétaire "des marchandises, lors même que l'acheteur sait qu'il ne con- "tracte qu'avec un facteur" (8).

La loi va encore plus loin et établit une présomption de pro-

(8) L'article 1739 et suivants sont tirés de notre droit statutaire, qui est une reproduction des lois anglaises connues sous le titre de "Factors' Acts".

Je puis noter qu'il a été jugé dans la cause de *Davis* v. *Beaudry* (6 L. C. J., 137, 163; 12 L. C. R., 18; 18 R. L., 151), qu'un commerçant, ayant en sa possession des chevaux, donne un titre valable à un acheteur de bonne foi, à l'encontre du propriétaire.

Le même principe a été suivi dans la cause de *Johnson* v. *Lomer* (6 L. C. J., 77), où il a été décidé qu'un propriétaire de marchandises ne pouvait les revendiquer entre les mains de celui qui possédait un privilège sur ces marchandises pour avances faites à un tiers de qui il les avait reçues.

priété chez le facteur dans les cas que l'article 1740 énumère comme suit:—

1740. "Tout facteur à qui on a confié des effets et marchan- "dises ou des documents qui en forment le titre, en est réputé "propriétaire pour les fins suivantes, savoir:

"1° pour en consentir la vente ou un contrat tel que men- "tionné en l'article qui précède;

"2° pour conférer au consignataire des marchandises consi- "gnées par ce facteur, un privilège sur ces marchandises pour "toute somme de deniers ou valeur négociable avancée ou don- "née par ce consignataire à tel facteur pour son usage, ou reçue "par le facteur pour l'usage de tel consignataire, de la même "manière que si ce facteur était le véritable propriétaire de ces "marchandises;

"3° pour rendre valable tout contrat ou convention de nantisse- "ment, privilège ou sûreté, fait de bonne foi avec ce facteur, tant "pour prêt primitif, avances ou paiement faits sur le nantisse- "ment de telles marchandises ou titres, que pour tout autre re- "nouvellement d'avances à cet égard; et

"4° pour rendre tels contrats obligatoires à l'égard du pro- "priétaire des marchandises et de toutes autres personnes qui y "sont intéressées, nonobstant la connaissance que celui qui ré- "clame le droit de gage ou privilège peut avoir qu'il ne con- "tracte qu'avec un facteur."

Tout ceci est décrété dans l'intérêt du commerce. On conçoit, puisque les marchandises sont délivrées au facteur pour qu'il les vende pour le compte de son commettant, que la vente qu'il en fait soit valable et que le paiement que l'acheteur opère en ses mains soit libératoire. Mais il a fallu une disposition expresse pour permettre au facteur de donner ces marchandises en gage pour des avances qui lui sont faites, car le mandat de vendre ne comporte pas, par lui-même, le pouvoir de donner en nantissement les marchandises confiées au mandataire, surtout pour des avances faites à ce dernier.

D'ailleurs, suivant l'interprétation qu'on donne aux *Factors' Acts*, il faut que les marchandises aient été confiées au facteur en vue de leur vente (9).

Il va sans dire que le facteur doit avoir obtenu possession des marchandises, ou documents en formant le titre, du consentement du propriétaire.

Le juge Andrews a jugé, dans la cause de *Taussig* v. *Baldwin* (R. J. Q. 6 C. S. 119), que l'acheteur peut, par le transport du connaissement à un cessionnaire de bonne foi, empêcher le vendeur de revendiquer les marchandises, au cas de faillite du vendeur.

La cour suprême a aussi décidé, dans la cause de *MacNilder* v. *Young* (R. J. Q. 3 B. R. 539; R. J. Q. 4 C. S. 208; 25 *Supreme Court Reports* 272), que la vente ou le transport de valeurs, telles que connaissements et reçus d'entrepôt, n'est pas sujet aux dispositions des articles 1487 et suivants, et que la simple possession de ces valeurs, si elles sont payables au porteur, constitue une preuve suffisante pour en être déclaré propriétaire. Le jugement décide de plus que la seule défense possible serait l'allégation de mauvaise foi chez le porteur, et que l'*onus probandi* incombe à la partie qui l'allègue. Appliquant ces principes, la cour suprême décide qu'en l'absence de telle allégation et de telle preuve, les propriétaires de valeurs données en gage par leur agent sans leur consentement, pour garantie d'un prêt fait à ce dernier personnellement, ne peuvent les revendiquer entre les mains du courtier qui a fait le prêt, même si ces valeurs étaient en souffrance lors de leur mise en gage.

Le législateur a pris le soin de déterminer minutieusement le genre d'avances qui peut servir de base à un nantissement valable. Je citerai les articles 1741 et 1744 qui ne laissent aucun point au dépourvu.

1741. " Dans le cas où une personne qui a un droit de gage

---

(9) American and English Ency. of Law, v° *Factors' Acts*, 2e éd., vol. 12, p. 618.

"ou privilège sur des marchandises ou documents qui en for-
" ment le titre, ou autres valeurs négociables, pour des avances
" antérieures sur un contrat avec le facteur, lui en fait remise
" en considération d'un droit de gage ou privilège sur d'autres
" marchandises, titres ou valeurs qui lui sont donnés en échange
" par ce facteur, pour remplacer le gage des marchandises ou va-
" leurs ainsi remis, alors ce nouveau contrat, s'il est fait de bonne
" foi, est réputé valable et fait en considération d'avances actuel-
" les en argent, suivant les dispositions contenues en ce chapitre;
" mais le gage acquis par ce nouveau contrat, non plus que les
" marchandises, titres ou valeurs donnés en échange, ne peuvent
" excéder la valeur de ceux qui ont été libérés par l'échange."

1744. " Les dettes antérieures dues par le facteur à qui on
" a confié des marchandises ou documents qui en forment les
" titres, ne peuvent justifier l'octroi d'un privilège ou droit de
" gage sur telles marchandises ou titres à icelles; et tel agent ne
" peut se départir des ordres formels ou des pouvoirs qu'il a re-
" çus de son principal en ce qui concerne telles marchandises."

Donc, pour que le gage consenti par le facteur soit valide, et lie le propriétaire des marchandises, il faut que l'avance soit faite lors de la constitution de gage, et le privilège couvre non seulement le prêt primitif, mais toute nouvelle avance, ou renouvellement d'avance. Le texte anglais dit *"continuing advance"*, ce qui indique qu'il s'agit d'avances successives faites par la même personne au facteur. Je crois qu'il n'y a là qu'application du principe de l'article 1975 qui dit que s'il est contracté une autre dette après la mise en gage, et qu'elle devienne exigible avant celle pour laquelle le gage a été donné, le créancier ne peut être tenu de rendre le gage avant d'être payé de l'une et de l'autre dette. Je ne donnerais donc pas une portée plus absolue au troisième paragraphe de l'article 1740, tout en reconnaissant qu'il peut y avoir constitution de gage expresse lors de toute nouvelle avance.

Cependant, comme le dit l'article 1741, il peut y avoir substi-

tution de nouvelles marchandises à celles sur lesquelles le gage a été primitivement consenti. Ainsi celui qui détient des marchandises à titre de gage, peut les remettre au facteur et recevoir de lui d'autres marchandises pour remplacer celles remises, mais, ajoute l'article 1741, le gage acquis par ce nouveau contrat, non plus que les marchandises, titres ou valeurs reçus en échange, ne peuvent excéder la valeur de ceux qui ont été libérés par l'échange. L'effet de cette disposition est de libérer les marchandises de Pierre aux dépens des marchandises de Paul, mais l'intérêt du commerce l'exige ainsi, et, du reste, comme le dit notre article, le nouveau contrat de gage doit être fait de bonne foi.

Enfin, puisque le gage ne peut être consenti que pour assurer le remboursement d'une avance versée lors de sa constitution, il va sans dire que les dettes antérieures dues par le facteur ne peuvent servir de base à un contrat de gage. L'article 1744, qui s'en exprime en termes exprès, ajoute que le facteur ne peut se départir des ordres formels ou des pouvoirs qu'il a reçus de son commettant en ce qui concerne les marchandises, titres ou valeurs que celui-ci lui a confiés. Ces ordres, cependant, il convient de le dire, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont pas été portés à leur connaissance; au cas contraire, ceux-ci seraient de mauvaise foi s'ils s'entendaient avec le facteur pour lui permettre de violer ses instructions, et ils seraient indignes de la protection de la loi.

En effet, la bonne foi est une condition essentielle de la validité de ces contrats faits avec le facteur. Il en a été question aux articles 1740, 1741 et 1744, et le législateur s'en exprime encore, d'une manière formelle, à l'article 1742 en ces termes :—

1742. " Ne sont valides que les contrats mentionnés en ce " chapitre, et les prêts, avances et échanges faits de bonne foi et " sans avis que le facteur qui les contracte n'a pas d'autorité " pour ce faire, ou qu'il agit de mauvaise foi à l'égard du pro- " priétaire."

Notons que cet article démontre que l'énumération que ce chapitre fait des contrats de disposition permis au facteur est ex-

clusive. Et quant à la mauvaise foi, disons qu'elle ne résulte pas de la connaissance qu'aurait le tiers que le facteur avec qui il traite n'est pas le propriétaire des marchandises. Il faut de plus que le tiers ne sache pas que le facteur dépasse les bornes de son mandat ou agit de mauvaise foi à l'égard du propriétaire. C'est du reste ce que porte l'article 1743 qui se lit comme suit:

1743. "Les prêts, avances et échanges de bonne foi, quoique " faits avec la connaissance que le facteur n'est pas le proprié- " taire, mais sans avis qu'il agit sans autorité, lient le proprié- " taire et toutes autres personnes intéressées dans les marchan- "dises, titres ou valeurs, suivant le cas."

Nous trouvons la même idée, tant le législateur se montre ici minutieux et même prolixe, dans l'article 1748 qui est en ces termes:

1748. " Lorsqu'un prêt ou des avances sont faits de bonne " foi à un facteur nanti et en possession de marchandises ou ti- " tres, sur la foi d'un contrat par écrit pour la consignation, le " dépôt, le transport ou la délivrance de telles marchandises ou " titres, qui sont de fait reçus par la personne qui fait le prêt "ou les avances soit au temps même du contrat ou à une époque "subséquente, sans avis que le facteur n'est pas autorisé à con- "sentir de gage ou nantissement, tels prêts ou avances sont censés " faits sur le nantissement de ces marchandises ou titres, dans " le sens des dispositions du présent chapitre."

Il a été question, dans les dispositions que j'ai rapportées, de nantissement de documents qui forment le titre de marchandises, ce qui est, en effet, le nantissement des marchandises mêmes. L'article 1745 explique quels sont ces documents qui forment le titre de marchandises.

1745. " Tout connaissement, reçu ou ordre d'un garde-maga- " sin ou garde-quai pour la délivrance d'effets, tout certificat " d'inspection de potasse ou de perlasse, et tout document en " usage dans le cours ordinaire des affaires comme faisant preuve " de la possession ou droit de disposer de quelques marchandises, "ou comportant une autorisation, par le moyen de l'endosse-

" ment ou de la livraison, au possesseur de tel document de cé-
" der ou recevoir les marchandises représentées par tel document, " est réputé un titre dans le sens des dispositions contenues en " ce chapitre."

Maintenant la possession d'un tel titre comporte possession des marchandises que ce titre représente et autorise le facteur à en disposer de la manière que j'ai mentionnée. " Tout fac- " teur porteur d'un semblable titre", dit l'article 1746, " soit " qu'il le tienne immédiatement du propriétaire des effets, ou " qu'il l'ait obtenu à raison de la possession qui lui a été con- " fiée des marchandises ou titres à icelles, est réputé saisi de la " possession des marchandises représentées par tels titres."

Le nantissement du titre, je l'ai dit, comporte nantissement des marchandises. L'article 1747 le dit en ces termes :—

1747. " Tout contrat conférant un droit de gage ou privi- "lège sur un document formant titre est réputé nantissement, " ou constitution de privilège sur les marchandises auxquelles " le titre se rapporte, et le facteur est réputé possesseur des mar- " chandises ou titres, soit qu'ils soient actuellement sous sa garde " ou qu'ils soient entre les mains d'une autre personne agissant " pour lui et sujette à son contrôle."

Nous trouvons ensuite des dispositions qu'il me suffira de citer, car elles ne donnent lieu à aucune difficulté d'interprétation ; d'ailleurs elles auraient pu être omises, tant elles sont évidentes.

1749. " Tout contrat fait soit directement avec le facteur, " ou avec son commis ou autre personne de sa part, est censé un " contrat fait avec tel facteur."

1750. " Tout paiement fait soit en argent, en lettres de " change ou autres valeurs négociables, est censé une avance " dans le sens de ce chapitre."

1751. " Tout facteur en possession de marchandises ou titres, " ainsi qu'il est dit ci-dessus, est, pour les fins de ce chapitre, " censé en avoir été chargé par le propriétaire, à moins de preuve " contraire."

Je puis ajouter, spécialement quant au gage que les tiers peu-

vent stipuler sur les marchandises confiées au facteur, que ce gage est, pour sa validité et ses effets, régi par les règles contenues au titre *Du contrat de nantissement.*

IV. **Des droits du commettant.**—J'ai rapporté les dispositions par lesquelles le code précise minutieusement les droits que les tiers, qui contractent avec un facteur en possession des marchandises, acquièrent sur ces marchandises, même à l'encontre du propriétaire. Il reste à parler des droits et recours du propriétaire.

Et d'abord, entre le propriétaire et le facteur, il n'y a qu'un mandat ordinaire, et les droits et obligations du facteur sont les mêmes que ceux de tout mandataire.

Donc, comme le dit l'article 1752, " rien de contenu dans ce " chapitre ne diminue ni n'affecte la responsabilité civile du fac- "teur pour contravention à ses obligations, ou inexécution des " ordres ou des pouvoirs qu'il a reçus."

Mais, bien que les droits des tiers qui contractent de bonne foi avec le facteur, priment ceux du propriétaire, il est logique que celui-ci puisse, en désintéressant ces tiers et en payant au facteur ce que celui-ci est en droit de réclamer, reprendre la possession de ses marchandises. Il y a même plus; le propriétaire peut répéter contre les tiers les deniers qui leur restent entre les mains après le paiement de la dette garantie par le nantissement des marchandises. C'est ce que porte l'article 1753 en ces termes:—

1753. " Nonobstant ce qui est contenu dans les articles qui " précèdent, le propriétaire peut en tout temps, avant qu'ils " soient vendus, racheter les marchandises ou titres mis en gage " comme il vient d'être dit, en remboursant le montant ou en " restituant les valeurs pour lesquelles ils sont engagés, et en " payant au facteur les deniers pour sûreté desquels ce facteur " a droit de retenir les marchandises et titres par privilège à " l'encontre du propriétaire; ou bien il peut recouvrer de la per- " sonne à qui les marchandises ou titres ont été donnés en gage

"ou qui y a un privilège tout reliquat de deniers restant entre "ses mains sur le produit des marchandises, déduction faite du "montant assuré par le contrat."

Ce que l'article 1753 ne dit pas, mais qui découle des principes du mandat, c'est que le commettant peut, à moins de conventions contraires, révoquer en tout temps le mandat qu'il avait donné au facteur et revendiquer contre lui les marchandises qu'il lui avait confiées, sauf le droit de rétention du facteur pour ce qui peut lui être dû.

Bien entendu, le commettant pourra répéter du facteur les deniers qu'il a payés pour le rachat des marchandises données en gage par le facteur, lorsque la dette qui a donné lieu à la constitution de gage était personnelle au facteur. Il a pareil recours contre le facteur pour toute somme qu'il se trouve avoir perdue par suite des agissements du facteur.

L'article 1754 pourvoit au recours du commettant en cas de faillite du facteur. Il est en ces termes:—

1754. "Dans le cas de faillite du facteur, et dans le cas du "rachat des marchandises par le propriétaire, ce dernier est censé, quant aux deniers qu'il a payés pour le compte du facteur "sur ce rachat, les avoir payés pour le compte de ce facteur avant "sa faillite; ou, si les marchandises n'ont pas été ainsi rachetées, le propriétaire est considéré comme un créancier du facteur pour la valeur des marchandises ainsi données en gage, du "jour du nantissement; et dans l'un ou l'autre cas, il peut faire "valoir ou opposer en compensation la somme ainsi payée, ou "la valeur des marchandises, suivant le cas."

CHAPITRE VI.—DE L'EXTINCTION DU MANDAT.

Nous trouvons, à l'article 1755, l'énumération des causes qui mettent fin au mandat. Cet article se lit comme suit:—

1755. "Le mandat se termine:—

"1° Par la révocation;

"2° Par la renonciation du mandataire;

"3° Par la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire;

"4° Par l'interdiction, la faillite ou autre changement d'état par suite duquel la capacité civile de l'une ou l'autre des parties est affectée;

"5° Par l'extinction du pouvoir dans le mandant;

"6° Par l'accomplissement de l'affaire, ou l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné;

"7° Par autres causes d'extinction communes aux obligations" (1).

J'expliquerai brièvement chacune de ces causes d'extinction du mandat.

I. **De la révocation du mandat.**—Le mandat, prenant sa source dans la confiance que le mandant repose en la personne du mandataire, et quelquefois dans des nécessités passagères, est de sa nature révocable. Aussi l'article 1756 dit-il que "le mandant peut en tout temps révoquer son mandat et obliger le mandataire à lui remettre la procuration si elle ne porte pas minute" (2).

C'est la règle traditionnelle fondée sur le motif que le mandat étant un contrat unilatéral, créé par la seule volonté du mandant, peut être révoqué par une manifestation contraire de cette volonté (3). L'article 1756 ne distingue pas entre le mandat

(1) L'énumération de notre article est bien plus complète que celle de l'article 2003 du code Napoléon, qui ne mentionne que les quatre premières causes d'extinction. Mais il n'est pas douteux que les trois autres causes mettent fin au mandat en France comme en la province de Québec.

(2) L'article 2004 du code Napoléon, qui correspond à notre article 1756 est au même effet, sauf qu'il oblige le mandataire à remettre au mandant même l'expédition du mandat fait avec minute.

(3) Quant aux tiers, le mandat ne peut être révoqué, s'il est en partie accompli. Ainsi, dans la cause de *Lynn* v. *Cochrane* (23 L. C. J., 235), il s'agissait de marchandises envoyées à un marchand à

salarié et le mandat gratuit. L'un et l'autre peuvent donc être révoqués. La seule question qui puisse se soulever c'est de savoir si le mandant, dans le cas du mandat salarié, peut être condamné à des dommages-intérêts en faveur du mandataire révoqué. La jurisprudence française accorde une indemnité au mandataire salarié révoqué d'une manière abusive (4). Ce principe, qui est certain dans le cas du louage de services, me paraît plus douteux en matière de mandat. Nul doute que le mandataire peut réclamer la perte actuellement soufferte par lui (5).

Mais lorsque le mandat n'est plus un contrat unilatéral consenti dans le seul intérêt du mandant, mais a été fait dans l'intérêt du mandataire et du mandant—comme le mandat donné à un copropriétaire d'administrer des biens qui appartiennent par indivis au mandant comme au mandataire—il n'est pas révocable par la seule volonté du mandant, car le contrat est alors synallagmatique. Bien entendu, la procuration peut expressément permettre la révocation.

Si le mandat a été conféré dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, le consentement de ce tiers est indispensable pour la révocation du mandataire, et s'il a été fait dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers, le mandant ne peut le révoquer. Le mandat qui est la condition d'un contrat synallagmatique est également irrévocable par la seule volonté du mandant.

---

commission pour en effectuer la vente ; il a été jugé que le mandant ne pouvait révoquer le mandat de l'agent, après que ce dernier eût vendu les marchandises pour un prix spécifié, avec option pour l'acheteur de parfaire la vente dans l'espace d'une semaine, alors que tel délai n'était pas encore expiré lors de la révocation.

(4) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 814; aussi 13 R. L., 315.

(5) La cour d'appel, dans la cause de *Cantlie* v. *Coaticook Cotton Co.* (31 L. C. J., 151; 15 R. L., 524; 30 L. C. J., 135; M. L. R., 3 C. S., 9; M. L. R., 4 B. R., 444; 10 L. N., 118), a admis la révocabilité du mandat, gratuit ou salarié; elle a jugé, en plus, que l'agent, selon les circonstances, peut avoir droit à une indemnité pour la perte qu'il a soufferte par suite de la révocation, mais que les profits futurs ne peuvent lui être accordés.

On peut stipuler que le mandant ne pourra pas révoquer la procuration qu'il a donnée au mandataire; l'intérêt du mandataire salarié à faire insérer cette clause dans sa procuration se conçoit, celui du mandataire gratuit est moins évident, et pourtant on admet, avec quelques hésitations et certaines dissidences, la légalité de la clause d'irrévocabilité, même dans ce cas (6).

On peut se demander si un mandat donné conjointement par plusieurs personnes peut être révoqué par l'un des mandants. On peut résoudre cette question par une distinction. Le mandat a-t-il été conféré par les mandants dans leur intérêt commun, il ne peut être révoqué que du consentement de tous les mandants. Il en est autrement lorsque plusieurs personnes, qui ont des intérêts distincts, comme des créanciers contre une faillite, confient au même mandataire la mission d'agir pour eux. Alors, l'un des mandants peut révoquer le mandat pour ce qui le regarde, et le mandat subsiste quant aux autres mandants (7).

Ainsi, la cour de révision, dans la cause de *Bernard* v. *Allaire* (17 Q. L. R. 198), a jugé que si deux membres d'une société dissoute et en voie de liquidation ont confié, par un acte conjoint, à un tiers, mandat de retirer de la poste les lettres adressées à la société, il n'est pas loisible à l'un d'eux seul de révoquer ce mandat.

La révocation du mandat peut être expresse ou tacite. Il n'y a rien à dire quant à la révocation expresse; c'est une question d'interprétation de l'écrit d'où on la déduit. Cette révocation doit être notifiée au mandataire, autrement ce mandataire obligera le mandant par les actes qu'il aura accomplis dans l'ignorance de cessation de ses pouvoirs (art. 1760).

Du reste, la notification donnée au mandataire ne suffit pas pour libérer le mandant à l'égard des tiers qui ont traité avec le mandataire dans l'ignorance de la révocation. C'est la disposition de l'article 1758, qui reproduit en substance l'article 2005 du code Napoléon:—

---

(6) Baudry-Lacantinerie, n° 818.

(7) Le même auteur, n°s 820 et suiv.

1758. " Si l'avis de la révocation n'a été donné qu'au mandataire, elle ne peut affecter les tiers qui, dans l'ignorance de cette révocation, ont traité avec lui, sauf au mandant son recours contre celui-ci."

Des avis publiés dans les journaux seraient insuffisants si le tiers qui a traité avec le mandataire n'en a pas eu connaissance (8).

Et quant à la révocation tacite, l'article 1757, qui est au même effet que l'article 2006 du code Napoléon, porte que " la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier à compter du jour où elle lui a été notifiée."

Mais la simple adjonction d'un nouveau mandataire au premier ne comportera pas, on le comprend, révocation du premier mandat, et en général on peut dire que, pour qu'il y ait révocation du moins complète, il faut que les deux mandats soient inconciliables.

Il va sans dire que l'article 1757 ne fournit pas le seul exemple de révocation tacite d'un mandat; ainsi, le mandant qui accomplit lui-même l'acte qu'il avait chargé le mandataire de faire pour lui, révoque implicitement le mandat qu'il lui avait donné.

Il est évident aussi qu'il peut y avoir révocation totale ou seulement partielle.

II. **De la renonciation du mandataire.**—Le mandataire, en principe, remplit un office d'amitié et de complaisance, et pour cette raison la tradition lui a toujours reconnu la faculté de renoncer au mandat. Cette faculté est maintenue par le code,

(8) Fuzier-Herman, sur l'art. 2005 C. N., n° 5. La cour d'appel, dans la cause de *May* v. *Cochrane* (20 R. L., 410), a jugé que le mari, qui permet à sa femme commune en biens de faire commerce, ne peut, après avoir retiré son autorisation, répudier les engagements qu'elle a contractés avec ceux qui ont transigé avec elle durant le temps qu'elle était autorisée, et qui n'ont pas reçu avis du retrait de telle autorisation.

mais l'exercice préjudiciable ou intempestive du droit de renonciation peut entraîner, pour le mandataire, l'obligation de payer une indemnité au mandant.

C'est ce que porte en ces termes l'article 1759.

1759. "Le mandataire peut renoncer au mandat qu'il a accepté en en donnant dûment avis au mandant. Néanmoins, si "cette renonciation préjudicie au mandant, le mandataire est "responsable des dommages, à moins qu'il n'y ait un motif rai"sonnable pour cette renonciation. Si le mandat est salarié le "mandataire est responsable, conformément aux règles générales "relatives à l'inexécution des obligations (9).

L'article 1759 donne au mandataire un droit absolu de renonciation, mais lorsque la renonciation a été faite sans motif raisonnable et qu'elle porte préjudice au mandant, celui-ci peut recouvrer du mandataire les dommages qu'il en éprouve. Le motif raisonnable dont parle l'article 1759 est toute cause, qui, dans l'appréciation du tribunal, justifie le mandataire à renoncer au mandat. On signale, comme pouvant justifier la renonciation, une maladie, un changement de résidence ou de profession, etc. (10). Dans ce cas, le mandataire doit donner avis au mandant, mais Pothier (n° 43) le dispensait de cet avis lorsque il était dans l'impossibilité de le donner par suite d'une maladie aiguë ou d'une détention dans un lieu où il lui était impossible d'écrire.

L'article 1759 ajoute que si le mandat est salarié, le mandataire est responsable, conformément aux règles générales relatives à l'inexécution des obligations. Il paraît regarder le mandat salarié comme un contrat synallagmatique, et comme personne ne peut être forcé d'accomplir un fait, le seul recours ouvert au mandant est l'action en dommages-intérêts. Cela étant,

---

(9) L'article 2007 du code Napoléon est au même effet, sauf qu'il ne parle pas du cas du mandataire salarié.

(10) D'après le droit romain une inimitié capitale survenue entre le mandant et le mandataire était une cause valable de renonciation. Comp. Troplong, *Mandat*, n° 803.

on peut douter que le mandataire salarié ait le droit absolu de renoncer au mandat.

En tout cas, est valable la clause qui interdit au mandataire la faculté de renonciation. De même, si le mandat est la condition d'un contrat synallagmatique, le mandataire ne peut y renoncer.

III. **De la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire.**—Il a toujours été de règle que la mort du mandataire met fin au mandat. En d'autres termes la mission de confiance que comporte le mandat ne se transmet pas aux héritiers du mandataire; ceux-ci sont tenus de rendre compte de cette gestion, car la responsabilité du mandataire leur est transmissible et, nous le verrons, ils sont obligés de faire, dans les affaires commencées par le mandataire, ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir les pertes auxquelles le mandant pourrait être exposé.

La mort du mandant met également fin au mandat, mais non pas d'une manière aussi absolue que celle du mandataire, car le mandat conféré dans l'intérêt du mandant et d'un tiers ne prend pas fin par la mort du premier. La cessation du mandat, en principe, par le décès du mandant, n'arrive que lorsque c'est dans l'intérêt seul de celui-ci que le mandat a été conféré.

Le juge Taschereau, dans la cause de *Stafford* v. *Smith* (R. J. Q. 10 C. S. 470; 1 R. de J., 461), a jugé que, de leur essence, les mandats, même salariés, prennent fin par la mort du mandant, s'ils n'ont pas été révoqués par lui de son vivant, à l'exception de ceux qui ne sont que l'accessoire d'un autre contrat synallagmatique, et de ceux où le mandataire n'est que *procurator in rem suam*.

En cas de pluralité de mandants, on appliquera ce que j'ai dit de la révocation d'un mandat conjoint par l'un de ceux qui l'ont constitué.

Lorsque le mandant décède, ses héritiers, s'ils ne sont pas en état d'incapacité, doivent notifier le mandataire de la cessation

de ses pouvoirs, autrement ils seraient liés par les actes que le mandataire aurait faits dans l'ignorance de ce décès. Cette règle, qui s'applique à toute cause de cessation du mandat provenant de la personne du mandant, est énoncée en ces termes par l'article 1760 :—

1760. "Les actes du mandataire, faits dans l'ignorance du "décès du mandant ou de toute autre cause qui pouvait mettre "fin au mandat, sont valides" (11).

Pareillement les héritiers du mandataire sont tenus de donner avis au mandant du décès du mandataire. C'est la disposition de l'article 1761 qui se lit comme suit :—

1761. "Les représentants légaux du mandataire qui con-"naissent le mandat, et qui ne sont pas dans l'impossibilité d'a-"gir par cause de minorité ou autrement, sont tenus de notifier "son décès au mandant et de faire dans les affaires commencées "tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir les "pertes auxquelles le mandant pourrait être exposé" (12).

Il faut nécessairement, pour donner lieu à l'application de cet article, que les représentants légaux du mandataire sachent où ils pourront trouver le mandant. S'ils sont mineurs ou interdits, ils ne peuvent être recherchés pour n'avoir pas donné avis du décès du mandataire. Il est vrai que le texte de l'article 1761 paraît prévoir une impossibilité d'agir résultant de minorité ou d'autres causes, mais le sens de la disposition, c'est que le mineur ne pouvant s'engager, sa minorité est pour lui une excuse absolue, et telle est bien la portée de la version anglaise de notre article.

Mais cette responsabilité incombe-t-elle au tuteur ou autre représentant légal de l'héritier incapable? Je ne le crois pas, car il n'est pas le représentant du mandataire, et l'obligation qu'on chercherait à lui imposer n'incombe pas à son pupille.

---

(11) L'art. 2008 C. N. est au même effet.

(12) Cet article est plus complet que l'art. 2010 du code Napoléon auquel il correspond.

IV. **De l'interdiction, la faillite ou autre changement d'état par suite duquel la capacité civile de l'une ou l'autre des parties est affectée.**—Il est clair que le changement d'état qui affecte, en droit, la capacité de l'une ou l'autre des parties, met fin au mandat. Mais le changement d'état en fait, comme la démence lorsqu'elle n'est pas suivie d'interdiction, laisse subsister le mandat jusqu'à ce qu'il soit révoqué ou que le mandataire y renonce (13).

La faillite est spécialement mentionnée par l'article 1755 comme entraînant la cessation du mandat. En effet, le failli perd le droit de disposer de ses biens. Lorsque c'est le mandant qui tombe en faillite, il est logique de décider qu'il ne peut faire par un autre ce que la loi lui interdit de faire lui-même. Du reste, son curateur a droit à la possession de ses biens, ce qui exclut toute possession par le mandataire. Quand le mandataire fait un abandon judiciaire de ses biens pour le bénéfice de ses créanciers, il n'est pas aussi logique de dire que le mandat cessera, même en l'absence de révocation par le mandant, car il n'est pas nécessaire que le mandataire ait lui-même la capacité requise pour le contrat qu'il fait au nom du mandant. En tout cas, la loi est formelle.

On décide, cependant, en France que le mandat consenti comme condition d'un contrat synallagmatique entre le mandataire et un tiers, n'est pas affecté par la faillite parce qu'il fait partie du contrat principal qui est maintenu (14).

La cour de révision a jugé, dans la cause de *Gay* v. *Denard* (M. L. R. 3 C. S. 125; 10 L. N. 252; 15 R. L. 585), que la dissolution et la liquidation d'une société commerciale met fin aux contrats intervenus entre elle et ses agents, et que ces derniers pourraient être forcés de rendre compte.

V. **De l'extinction du pouvoir dans le mandant.** — Cette cause de cessation du mandat se confond avec celle que nous

(13) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, nos 839, 840.

(14) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, no 843.

avons étudiée, ou plutôt est le principe général en vertu duquel la loi met fin au mandat consenti par une personne qui devient subséquemment incapable.

VI. **De l'accomplissement de l'affaire, ou de l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné.** — Il est clair que le mandat cesse quand le mandataire termine sa gestion. Il est également clair que si un terme lui a été donné pour gérer l'affaire qui lui a été confiée, il ne peut plus continuer cette gestion après l'expiration de ce terme.

Quand aucun terme n'a été mentionné en la procuration, le mandat ne prend régulièrement fin que par une des causes mentionnées en l'article 1755. Mais souvent le terme est incertain. Ainsi une personne qui part pour voyage confie à une autre la gestion de ses affaires. Cette gestion se terminera par le retour du mandant.

VII. **Des autres causes d'extinction communes aux obligations.** — Il suffit ici d'un simple renvoi au titre *Des obligations*. Ainsi, l'impossibilité d'exécuter le mandat est une cause d'extinction du mandat.

TITRE NEUVIÈME

DU PRÊT

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Avec le contrat du prêt s'ouvre la série de contrats qu'on nomme *petits contrats*; on les appelle ainsi parce qu'ils sont moins importants que les contrats que nous avons étudiés, comme le *contrat de mariage,* la *vente* et le *louage.* Ces petits contrats comprennent le *prêt,* le *dépôt,* le *séquestre,* la *transaction,* le *jeu* et le *pari,* le *cautionnement* et le *nantissement.* La *société* et l'*hypothèque* ont une importance qui semble les exclure de cette classification, qui, du reste, n'a rien de scientifique.

I. Définition du prêt. — On définit ordinairement le prêt un contrat par lequel l'une des parties, nommée prêteur, livre une chose à l'autre, appelée emprunteur, qui acquiert le droit de s'en servir, à charge de restitution lors du temps convenu (1).

Le contrat de prêt est donc:

1° *Un contrat réel,* car c'est par la prestation de la chose, objet du prêt, qu'il acquiert sa perfection (2);

2° *Un contrat unilatéral,* car l'emprunteur, en principe, est seul obligé; le prêteur accomplit un fait, il livre la chose à l'em-

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis,* t. 3, n° 801.

(2) Ce n'est pas à dire, cependant, que l'emprunteur a un droit *réel;* son droit, au contraire, n'est que personnel. Toutefois, comme je le dirai plus loin, le droit de l'emprunteur, dans le prêt de consommation, est réel, car il devient propriétaire de la chose. Ajoutons qu'on peut valablement faire une promesse de prêt, et de ce contrat naîtra l'obligation d'effectuer le prêt, mais il n'y aura prêt que lorsque la chose aura été livrée par le promettant. Et quant à la livraison, il n'y a qu'à appliquer ce que j'ai dit dans le titre *De la vente.*

prunteur, et dès ce moment le contrat existe et donne naissance à l'obligation de restitution qui incombe à l'emprunteur. Il est vrai que le code parle des obligations du prêteur, mais ces obligations sont plutôt négatives, puisqu'elles consistent à ne point troubler l'emprunteur pendant la durée du prêt. Accidentellement, le prêteur peut se trouver tenu d'obligations positives, comme celle de rembourser à l'emprunteur les dépenses extraordinaires que celui-ci a encourues pour la conservation de la chose, ou de l'indemniser du préjudice qu'il éprouve par suite de vices de la chose que le prêteur connaissait et qu'il n'a pas dénoncés à l'emprunteur. Cependant, ces obligations ne naissent pas du prêt, mais de faits postérieurs qui peuvent très bien ne pas se produire (3).

II. Différentes espèces de prêt. — Il y a deux espèces de prêt: le *prêt à usage* ou *commodat* et le *prêt de consommation*, qu'on appelait en droit romain *mutuum*. L'article 1762 fait cette distinction en ces termes:

1762. "Il y a deux sortes de prêts:

"1° le prêt des choses dont on peut user sans les détruire, p-
"pelé *prêt à usage* ou *commodat* ;

"2° le prêt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en "fait, appelé *prêt de consommation*" (4).

Cette distinction provient de la nature des choses qui peuvent faire l'objet du contrat de prêt. En effet, l'usage normal de certaines choses n'en affecte pas l'existence; on peut s'en servir, et en jouir d'une manière complète sans les détruire. D'autres, au contraire, n'ont d'utilité que par la consommation qu'on en fait, on en use en les consommant.

---

(3) Pothier (*Prêt à usage*, n° 7) place le contrat de prêt dans la catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits, c'est-à-dire ceux où l'une des parties est seule obligée immédiatement par l'effet du contrat, et l'autre ne le devient qu'à l'occasion de ce contrat (voy. mon tome 5, p. 183). Au fond, c'est une affaire de classification.

(4) En substance, c'est la copie de l'art. 1874 du code Napoléon.

Ainsi, normalement, on se sert d'un cheval, on en tire l'utilité qu'il comporte tout en le conservant; bien plus, on ne peut s'en servir qu'à la condition de le conserver. Mais on ne peut ordinairement se servir d'un pain, d'une barrique de vin, qu'en le consommant.

Cependant, et par exception, il se peut que dans l'intention des parties le résultat du contrat soit tout le contraire. Ainsi, un marchand de chevaux, qui n'a pas le cheval qu'un client lui demande, emprunte d'un confrère un cheval de l'espèce voulue: c'est un prêt de consommation. Ou bien, dans une exposition de céréales, un exposant emprunte du blé; c'est un prêt à usage, et il devra, après l'exposition, rendre au prêteur le blé que celui-ci lui a prêté.

On voit donc que notre code se serait exprimé plus exactement s'il eût dit que le prêt à usage est celui qui a pour objet des choses non fongibles, le prêt de consommation celui qui porte sur des choses fongibles.

Cette distinction, nous le verrons par la suite, a une grande importance pratique.

CHAPITRE PREMIER.—Du prêt à usage ou commodat.

Section I. — Dispositions générales.

I. Définition. — J'ai indiqué la nature de ce prêt en faisant la distinction entre le prêt à usage et le prêt de consommation. L'article 1763 le définit en ces termes:

1763. "Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des "parties, appelée le prêteur, livre une chose à une autre person-"ne appelée l'emprunteur, pour s'en servir gratuitement pendant "un temps et ensuite la rendre au prêteur."

Cette définition diffère de celle de l'article 1875 du code Napoléon, en ce que notre article indique le caractère gratuit du prêt à usage, tandis que l'article 1875 n'en parle pas, mais cette

omission est réparée par l'article 1876 C. N., qui dit que ce prêt est essentiellement gratuit. De fait, la gratuité du prêt est de son essence et le distingue du louage, qui est de son essence un contrat intéressé de part et d'autre. Si un prix a été stipulé pour l'usage de la chose, le contrat ne sera pas nul, mais constituera un louage et non pas un prêt. Donc le prêt rentre dans la catégorie des contrats de bienfaisance.

II. Quelles choses peuvent être prêtées. — L'article 1765 répond à cette question en disant que "tout ce qui peut faire l'objet "du contrat de louage peut l'être du prêt à usage." Le code Napoléon (art. 1878) exprime la même idée en disant que "tout "ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'u- "sage, peut être l'objet de cette convention", car il va sans dire qu'on ne saurait louer les choses qui ne sont pas dans le commerce. Mais nous avons vu qu'on peut, si telle a été l'intention des parties, prêter à usage des choses fongibles, et alors l'usage en est restreint.

La généralité des termes de notre article démontre que les immeubles comme les meubles peuvent être l'objet d'un prêt à usage. Mais, tout contrat qui blesse la loi ou l'ordre public ou les bonnes mœurs étant nul, le prêt d'objets dont l'usage est défendu par la loi ou est contraire aux bonnes mœurs — comme, par exemple, les livres immoraux — est illicite. Il s'ensuit que le prêteur peut se refuser à exécuter la promesse de prêt qu'il a consentie en ce cas, ou revendiquer la chose prêtée s'il l'a livrée à l'emprunteur (1).

Malgré que notre article 1764 ajoute que "le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée" (2), ce qui allait de soi quand c'est le propriétaire qui prête, il est évident que l'on peut prêter des choses dont on n'est pas propriétaire, telles que des choses dont on a l'usufruit. On peut même prêter la chose d'autrui, en

---

(1) Baudry-Lacantinerie, *Prêt*, n° 625 et suiv.

(2) C'est la copie textuelle de l'art. 1877, C. N.

ce sens que ce contrat, non avenu à l'égard du propriétaire de la chose, est valable entre les parties (3).

III. Distinction entre le prêt "à usage" et divers autres contrats. — J'ai expliqué la différence entre le *prêt à usage* et le *louage*, et qui résulte du fait que le premier est essentiellement gratuit, le second essentiellement à titre onéreux. Le *prêt à usage* ressemble sous quelques rapports à l'*usufruit*, mais outre que l'usufruit peut être constitué à titre onéreux, il diffère du prêt à usage en ce qu'il confère à l'usufruitier un droit réel cessible, le droit du prêteur étant personnel et incessible. Il n'est pas nécessaire de distinguer le *prêt à usage* et la *donation*, malgré que l'un et l'autre rentrent dans la catégorie des contrats de bienfaisance; la même pensée ne les inspire pas, leurs effets ne sont pas les mêmes puisque l'un est translatif de propriété et l'autre ne l'est pas, et leur forme diffère essentiellement. Enfin, le *prêt à usage* se distingue du *dépôt* en ce que le dépositaire, qui rend un service, n'a pas le droit de se servir de la chose déposée, tandis que l'emprunteur, qui reçoit un service, a le droit de faire usage de la chose prêtée (4).

IV. De la capacité de contracter un prêt à usage. — Nous verrons que le prêt de consommation est une véritable aliénation et que partant le prêteur qui le consent doit avoir la capacité d'aliéner. On soutient, au contraire, mais à ce sujet il y a controverse, qu'un administrateur peut prêter à usage. Il faut naturellement scruter les conditions du contrat, car le prêt à long terme, comme le louage, du reste, dépasse les pouvoirs d'un administrateur. Mais puisque l'administrateur peut donner à

(3) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 807.

(4) On peut également différencier le *prêt à usage* du *mandat* en ce que le mandataire se sert, pour et au nom du mandant, de la chose qui lui est confiée, alors que l'emprunteur en fait usage pour lui-même. Le mandat peut également être salarié, comme le dépôt; le prêt à usage, au contraire, nous l'avons vu, est essentiellement gratuit.

bail, je crois qu'il faut, avec la réserve que je viens de faire, lui concéder le droit de prêter à l'usage (5). Quant à l'emprunteur, nul doute que la capacité d'administrer lui suffit.

Les incapables — c'est-à-dire ceux qui ne peuvent ni disposer, ni même administrer, — n'ont pas la capacité de prêter, ni d'emprunter.

V. De la preuve du contrat de prêt. — Il n'y a ici qu'à appliquer le droit commun et à n'admettre la preuve testimoniale que lorsque la matière du contrat en est elle-même susceptible. Il y avait quelques dissidences dans l'ancien droit, mais Pothier (nº 8) refusait d'admettre, en ce cas, une exception aux règles générales.

SECTION II. — DES OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR.

J'ai dit qu'il n'y a à proprement parler que l'emprunteur qui s'oblige dans le contrat de prêt. Ses obligations sont de veiller à la conservation de la chose prêtée, de ne s'en servir que pour l'usage convenu et de la restituer au prêteur.

I. Obligation de veiller à la conservation de la chose. — Responsabilité de l'emprunteur. — D'après l'ancien droit l'emprunteur était tenu de la faute la plus légère. Les codificateurs ont modifié cette exigence, en exigeant de l'emprunteur, comme de tout débiteur d'une chose déterminée, les soins d'un bon père de famille. Le premier alinéa de l'article 1766, qui est de droit nouveau, le dit en ces termes:

"L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la "garde et à la conservation de la chose prêtée" (6).

Nous n'avons donc ici que l'application du droit commun. Partant, l'emprunteur répond de la perte ou détérioration de la chose, à moins de prouver qu'elle est arrivée par cas fortuit ou

(5) Comp. Baudry-Lacantinerie, *Prêt*, nº 615.

(6) C'est textuellement la disposition du premier alinéa de l'art. 1880 du code Napoléon.

par force majeure. Ainsi donc, l'incendie n'étant pas en soi un cas fortuit, l'emprunteur, tout comme le locataire, doit démontrer qu'il est arrivé sans sa faute. En d'autres termes, l'article 1629, qui n'est que l'énonciation du droit commun et non pas une disposition exceptionnelle comme certains juges, par suite d'une erreur ou confusion assez difficile à expliquer, ont voulu le soutenir, s'applique dans le cas du prêt comme dans celui du louage.

Mais la simple détérioration de la chose, par suite de son usage normal, n'incombe pas à l'emprunteur. "Si la chose se détériore", dit l'article 1769 qui reproduit la disposition de l'article 1884 du code Napoléon, "par le seul effet de l'usage pour le-"quel elle est prêtée, et sans la faute de l'emprunteur, il n'est "pas tenu de la détérioration."

Il en est de même du cas fortuit auquel la chose s'est trouvée exposée par suite de l'usage pour lequel elle a été prêtée; l'emprunteur qui n'est pas en faute n'en répond pas.

Dans deux cas, cependant, l'emprunteur répond des cas fortuits.

Le premier cas est celui dont il est question à l'article 1767 qui se lit comme suit:

1767. "Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage que "celui auquel elle est destinée ou pour un temps plus long qu'il "ne le devait, il est tenu de la perte arrivée même par cas for-"tuit" (7).

Dans ce cas l'emprunteur est en faute, et il est de principe que celui qui est en faute ne peut se libérer de son obligation en plaidant cas fortuit (art. 1200).

Mais faut-il qu'il existe, entre le cas fortuit et la faute du débiteur, un lien qui rattache l'un à l'autre? Il n'est pas douteux en principe, et abstraction faite de l'article 1767, que le débiteur d'une chose n'est pas empêché, parce qu'il se trouve en faute, de plaider le cas fortuit qui a détruit la chose, s'il réussit à démontrer que cette faute a été sans influence sur la perte de la

(7) C'est la reproduction de l'art. 1881 du code Napoléon.

chose, en d'autres termes que la chose eût péri alors même qu'il n'aurait pas commis cette faute (art. 1200). Ce serait, à mon avis, donner une portée trop absolue à l'article 1767, que d'écarter ce principe général dans le cas du prêt, et je crois que l'emprunteur fautif échappera à la responsabilité de la perte de la chose, s'il démontre que sa faute a été sans influence sur la perte et que la chose aurait péri, alors même qu'il ne l'aurait pas employée à un autre usage que celui prévu au contrat. Il y a toutefois controverse sur ce point (8).

On doit décider que l'emprunteur est responsable dans les deux cas de l'article 1767, même sans avoir été mis en demeure de cesser de se servir de la chose, après l'expiration du terme, ou de l'employer à l'usage convenu. Mais s'il n'a pas continué à se servir de la chose après l'expiration du terme, mais a seulement retardé de la rendre au prêteur, on enseigne qu'il ne répondra de la perte de la chose arrivée par cas fortuit qu'autant qu'il aurait été mis en demeure de la restituer (9).

L'article 1768 fait une autre exception à la règle qui veut que l'emprunteur soit libéré de l'obligation de restituer la chose lorsque cette chose a péri par un cas fortuit. Cet article, qui reproduit la disposition de l'article 1882 du code Napoléon, se lit comme suit:

1768. "Si la chose prêtée périt par un cas fortuit dont l'em- "prunteur pouvait la garantir en employant la sienne propre, ou "si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré sauver "la sienne, il est tenu de la perte."

Il me paraît difficile de dire, dans l'hypothèse de l'article 1768, que l'emprunteur a été coupable d'une faute réelle; il y a eu, de sa part, tout au plus une indélicatesse, mais cette indélicatesse suffit, le contrat étant à son égard un pur bienfait, pour engager sa responsabilité.

L'article 1768 prévoit deux cas.

(8) Voy. Baudry-Lacantinerie, *Prêt*, n° 644.

(9) Même auteur, n°s 645, 646.

Le premier est celui où l'emprunteur a préféré employer la chose du prêteur au lieu de la sienne propre. Alors, ayant ménagé sa chose au détriment du prêteur, il a paru juste au législateur qu'il indemnise le prêteur de la perte de la chose prêtée.

On enseigne toutefois que l'article 1768 ne s'appliquera pas lorsque l'emprunteur a été formellement autorisé à employer exclusivement la chose prêtée, et qu'il en est de même s'il se sert alternativement de sa chose et de celle du prêteur (10).

La deuxième hypothèse de l'article 1768, c'est celle où se trouvant en présence d'un danger qui menaçait sa chose et celle du prêteur, l'emprunteur a volontairement choisi la première et laissé périr l'autre. S'il n'a pas eu le temps de la réflexion, mais a sauvé tous les objets qui se trouvaient sous sa main, il ne répondra pas de la perte de la chose du prêteur. Il n'importe d'ailleurs que la chose prêtée soit d'une valeur inférieure à celle de l'emprunteur, du moment que celui-ci a fait son choix volontairement.

Bien entendu, il peut être stipulé que l'emprunteur répondra des cas fortuits, et alors il n'y aura qu'à donner effet à la volonté des parties. Le code Napoléon (art. 1883) contient une disposition que notre code ne reproduit pas, aux termes de laquelle, si la chose a été estimée en la prêtant, le cas fortuit qui la détruit est à la charge de l'emprunteur. Cette disposition a été critiquée, et, quoiqu'il y eût controverse sous l'ancien droit, Pothier (11) se refusait à voir, dans l'estimation de la choes, une présomption que l'emprunteur a voulu se charger des cas fortuits, même en l'absence d'une faute de sa part. Nos codificateurs déclarent vouloir suivre, sur ce point, l'avis de Pothier, et appliquer ici la règle générale quant aux cas fortuits.

Ajoutons, avec l'article 1772, copie de l'article 1887 du code Napoléon, que "si plusieurs ont emprunté conjointement la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le "prêteur."

---

(10) **Baudry-Lacantinerie, *Prêt*, n° 640.**

(11) ***Prêt à usage*, n° 62.**

Le code statue ici dans l'hypothèse d'un emprunt conjoint, et sa disposition ne s'appliquerait pas aux héritiers d'un seul emprunteur.

II. Obligations de l'emprunteur quant à l'usage de la chose prêtée. — Le prêt à usage, comme son nom l'indique, donne à l'emprunteur le droit de se servir de la chose, mais l'étendue de ce droit se détermine par la convention, ou, dans le silence de l'acte, par la nature de la chose prêtée. "Il", dit le deuxième alinéa de l'article 1766, "ne peut s'en servir qu'à l'usage pour le-"quel elle est destinée par sa nature ou par la convention" (12).

C'est donc la convention tout d'abord qu'on doit consulter pour déterminer l'usage de la chose qui est permis à l'emprunteur. Cette convention, d'ailleurs, peut n'être que tacite et se révéler par les circonstances de l'espèce, telles que la profession de l'emprunteur.

L'abus d'usage de la part de l'emprunteur donne lieu, je l'ai dit, à une condamnation en dommages-intérêts. Il autorise de plus le prêteur à demander la restitution de la chose et met les cas fortuits à la charge de l'emprunteur (art. 1767).

Comme je l'ai fait observer, le droit de l'emprunteur est purement personnel; il s'ensuit qu'il est incessible.

Ajoutons avec l'article 1771 que "si pour pouvoir se servir de "la chose l'emprunteur a fait quelque dépense, il n'a pas droit de "la répéter" (13).

Ainsi celui à qui on prête un cheval doit le nourrir ; il ne pourrait réclamer les frais de nourriture comme dépenses nécessaires encourues pour la conservation de la chose. Il est tenu, nous le verrons, des dépenses ordinaires et ne peut répéter que ses déboursés extraordinaires.

---

(12) C'est la copie textuelle de l'alinéa correspondant de l'art. 1880 du code Napoléon, lequel, toutefois, ajoute ces mots, que nos codificateurs ont trouvés inutiles, "le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu". Il est évident que l'abus de jouissance de l'emprunteur donne au prêteur le droit de réclamer les dommages qu'il en éprouve.

(13) C'est la reproduction de l'art. 1886 C. N.

III. Obligation de l'emprunteur de rendre la chose au prêteur. — L'emprunteur n'obtient, par l'effet du contrat de prêt à usage, que le droit de se servir de la chose. A l'expiration du terme convenu — ou même auparavant si le prêteur en a un besoin pressant et imprévu (art. 1774) — il doit rendre la chose au prêteur.

Il importe peu que le prêteur lui doive, pourvu toutefois que ce ne soit pas pour une dépense nécessaire encourue pour la conservation de la chose; l'existence de cette dette ne dispense pas l'emprunteur de l'obligaiton de restituer la chose. On ne conçoit pas du reste qu'on ait pu songer à la possibilité d'une compensation entre la dette de l'emprunteur et celle du prêteur. D'ailleurs, c'est la disposition formelle de l'article 1770 dont voici le texte:

1770. "L'emprunteur ne peut pas retenir la chose pour ce que "le prêteur lui doit, à moins que la dette ne soit pour dépense né-"cessaire encourue pour la conservation de la chose" (14).

Quant à l'endroit où la restitution doit se faire, on enseigne que c'est au domicile du prêteur, mais Pothier (n° 37) n'admettait pas ce principe lorsque, depuis le prêt, le prêteur avait changé de domicile.

Il y a au code Napoléon une disposition, l'article 1879, que nos codificateurs n'ont pas reproduite pour la raison, disent-ils, que la règle qu'elle énonce est commune aux contrats, et que le titre *Des obligations* y pourvoit suffisamment. Aux termes de cet article, les engagements qui se forment par le commodat passent aux héritiers de celui qui prête et aux héritiers de la personne qui emprunte. Mais, ajoute l'article 1879, si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée.

(14) Cette disposition est beaucoup plus complète que celle de l'article 1885 du code Napoléon, qui se contente de dire que l'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit. Notre article tranche encore affirmativement la question, controversée dans le droit français moderne, de savoir si l'emprunteur a un droit de rétention pour ses dépenses nécessaires. Je reviendrai sur ce droit de l'emprunteur.

Cette disposition a été critiquée. On observe avec raison que le contrat de prêt est de ceux qui sont faits *intuitu personae*, alors que l'article 1879 semble ne lui reconnaître qu'exceptionnellement ce caractère, en posant le principe que le contrat profitera aux héritiers de l'emprunteur si l'on n'établit pas que le prêt a été fait en considération de l'emprunteur et à lui personnellement (15).

Comme je l'ai dit, nos codificateurs renvoient, à cet égard, aux règles communes aux contrats telles qu'établies au titre *Des obligations*. Il n'y a donc qu'à appliquer ici l'article 1030 qui pose le principe qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et représentants légaux, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature du contrat. La nature du contrat de prêt étant que ce prêt confère en principe un droit personnel à l'emprunteur, en d'autres termes le prêt étant censé fait *intuitu personae*, c'est la règle inverse de l'article 1879 du code Napoléon, et que les commentateurs de ce code reconnaissent comme la plus rationnelle, que nous devons adopter en notre droit. Il s'ensuit que si le contraire n'est pas stipulé, ou si les termes du contrat n'indiquent une intention différente, les héritiers de l'emprunteur ne pourront continuer, après sa mort, à se servir de la chose prêtée.

On décide en France — mais là-dessus il y a controverse — que l'emprunteur d'un immeuble peut opposer le prêt à l'acquéreur de cet immeuble (16). Ne pourrait-on pas du moins exiger que le contrat de prêt ait été enregistré, en appliquant, au prêt, le principe qui régit le bail immobilier (art. 2128) ? Il me semble que cet enregistrement s'impose.

SECTION III. — DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

En principe, à cause du caractère unilatéral du contrat de prêt, l'emprunteur seul y contracte des obligations. Cependant, le prêteur, tenu d'ordinaire d'obligations purement négatives (17),

(15) Baudry-Lacantinerie, *Prêt*, n° 678.
(16) Baudry-Lacantinerie, même ouvrage, n° 679.
(17) C'est là l'expression de Pothier, *Prêt à usage*, n° 76.

peut, à l'occasion du prêt, se trouver assujetti à des obligations positives. Cette observation faite, je puis parler d'abord des obligations purement négatives du prêteur et ensuite de ses obligations positives. Les premières consistent à ne point troubler l'emprunteur pendant la durée du prêt, les secondes à l'indemniser des dépenses encourues pour la conservation de la chose et du préjudice qu'il éprouve par suite des vices de la chose que le prêteur connaissait et n'a point dénoncés à l'emprunteur.

I. Obligation de ne point troubler l'emprunteur. — Le prêteur livrant la chose à l'emprunteur pour que celui-ci s'en serve pendant le terme convenu, il s'ensuit qu'il ne peut troubler l'emprunteur tant que ce terme n'est pas expiré. C'est ce que porte l'article 1773 en ces termes:

1773. "Le prêteur ne peut retirer la chose, ou troubler l'em-"prunteur dans l'usage convenable qu'il en fait, qu'après le ter-"me convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi "à l'usage pour lequel elle a été empruntée, sauf néanmoins l'ex-"ception contenue en l'article qui suit" (18).

Le prêteur n'est pas, comme le locateur, obligé de *faire jouir* l'emprunteur, mais seulement de le *laisser jouir*. Et en cela il se rapproche du nu-propriétaire dans ses relations avec l'usufruitier. Son obligation donc est de ne point troubler l'emprunteur et de ne point retirer la chose prêtée avant l'expiration du terme convenu ou, à défaut de convention fixant ce terme, après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

Cependant, Pothier (nº 46) décidait — et cette décision doit être suivie sous le code — que si, avant l'expiration du terme convenu, l'usage prévu au contraire a été terminé, le prêteur peut exiger la restitution immédiate de la chose.

Si aucun terme d'usage n'a été fixé par le contrat, le prêteur est censé avoir consenti à accorder à l'emprunteur le temps nécessaire pour que celui-ci se serve de la chose pour les fins pour lesquelles elle a été empruntée.

(18) C'est en substance, et sous une forme plus complète, la disposition de l'art. 1888 C. N.

Enfin, si la chose n'a pas été prêtée pour un usage déterminé, et que la durée de l'usage n'ait pas été fixé, on enseigne que le prêteur peut exiger la restitution quand cela lui convient, pourvu qu'il ne la réclame pas intempestivement (19).

Cependant, la règle de l'article 1773 souffre exception au cas où il arrive au prêteur un besoin imprévu et pressant de la chose prêtée. Il est question de cette exception à l'article 1774, qui se lit comme suit :

1774. "Si pendant ce terme, ou, dans le cas où il n'y a pas de "terme fixé, avant que l'emprunteur ait cessé d'en avoir besoin, "il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de la cho-"se, le tribunal peut suivant les circonstances obliger l'emprun-"teur à la lui rendre" (20).

Le code a emprunté cette solution à Pothier (nº 25) qui la justifie par la considération qu'on n'est pas présumé faire plaisir à quelqu'un à son préjudice. Il faut, pour donner lieu à l'application de notre article, que le besoin du prêteur soit pressant et qu'il n'ait pas pu être prévu lors du contrat; il faut encore que le prêteur fasse juger de la nécessité du cas par le tribunal, ce qui donne lieu à un procès et rend la disposition de l'article 1774 d'un secours peu pratique au prêteur.

Pothier (nº 25) enseignait que, même dans le cas d'un besoin pressant et imprévu du prêteur, si le besoin de l'emprunteur était tel qu'il ne pût, sans souffrir un grand préjudice, remettre la chose au prêteur, il serait admis à lui fournir à ses dépens une chose semblable. L'article 1774 permettant au tribunal d'appuyer sa décision sur les circonstances de l'espèce, il semble qu'une offre semblable de l'emprunteur serait une fin de non-recevoir contre l'action du prêteur.

L'autorité de Pothier (nº 28) a fait accueillir par quelques auteurs un tempérament favorable à l'emprunteur que d'autres auteurs repoussent. Pothier décidait que l'emprunteur pouvait

---

(19) Baudry-Lacantinerie, *Prêt*, nº 653.

(20) C'est la copie de l'article 1889 du code Napoléon.

garder la chose, même après le terme convenu, s'il n'avait pas encore fini de s'en servir, alors que le prêteur ne souffrirait aucun inconvénient de cette prolongation du terme d'usage ou un inconvénient beaucoup moins grand que celui qu'éprouverait l'emprunteur s'il était obligé de rendre incontinent la chose prêtée. Il me semble que cette solution est trop contraire au texte de l'article 1773 pour pouvoir être accueillie dans notre droit, et du reste les motifs qu'on invoque, c'est-à-dire les devoirs de l'amitié qui ont porté le prêteur à faire le prêt, me paraissent peu concluants (21).

II. Obligation de rembourser à l'emprunteur les dépenses extraordinaires encourues pour la conservation de la chose. — Cette obligation du prêteur, qui est une obligation positive née à l'occasion du prêt, est énoncée en ces termes par l'article 1775:

1775. "Si pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, "pour la conservation de la chose prêtée, de faire quelque dépen-"se extraordinaire, nécessaire et tellement urgente qu'il n'a pu "en prévenir le prêteur, celui-ci est tenu de la lui rembour-"ser" (22).

Nous avons vu plus haut que l'emprunteur est tenu des dépenses ordinaires que nécessite la conservation de la chose (23). Il s'agit ici des dépenses extraordinaires et imprévues.

La forme absolue de l'article 1775 semblerait indiquer que, quelque extraordinaire, nécessaire et urgente qu'ait été la dépense, l'emprunteur qui, pouvant en prévenir le prêteur, ne l'a point fait, n'aurait pas de recours en indemnité contre lui. Mais telle n'a pas dû être la pensée du législateur. Et d'abord les dépenses nécessaires — et il n'est question que de celles-là à l'article 1775 — sont toujours recouvrables du propriétaire, même lorsqu'elles ont été faites par un possesseur de mauvaise foi (art. 417). Donc la négligence de l'emprunteur de prévenir le prêteur de la néces-

(21) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 657.
(22) C'est la reproduction de l'art. 1890 du code Napoléon.
(23) *Supra*, p. 115.

sité de ces dépenses ne serait pas une raison de permettre au prêteur de s'enrichir à ses dépens en retenant la chose sans les rembourser. La seule chose qu'on puisse admettre, c'est que le prêteur ne soit pas forcé de payer plus que les réparations ne lui eussent coûté s'il les avait faites lui-même.

Les dépenses simplement utiles n'entrent pas dans le cadre de notre article, et l'emprunteur ne semble pas avoir mandat pour les faire. On pourrait peut-être appliquer dans ce cas ce que l'article 417 dit à l'égard des impenses utiles faites par un possesseur de mauvaise foi, c'est-à-dire par une personne qui sait n'être pas propriétaire.

Pothier (n° 82) enseignait que l'emprunteur a un droit de rétention pour assurer le paiement de ses dépenses extraordinaires. Ce droit lui est expressément accordé par l'article 1770 que j'ai cité plus haut. Le prêteur ne peut se décharger de son obligation de rembourser ces dépenses en abandonnant la chose à l'emprunteur (24).

III. Obligation d'indemniser l'emprunteur du préjudice qu'il éprouve à raison des vices de la chose connus du prêteur. — C'est encore une obligation positive que le prêteur peut contracter envers l'emprunteur à l'occasion du prêt. Ainsi, l'on prête à une personne un cheval atteint à sa connaissance d'une maladie contagieuse et la maladie se communique aux autres chevaux de l'emprunteur. Il y a, dans ce cas, responsabilité du prêteur qui a été coupable d'une faute. C'est du reste la disposition de l'article 1776 qui se lit comme suit:

1776. "Lorsque la chose prêtée a de tels défauts qu'elle cause "du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il "connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur" (25).

Il s'agit ici, bien entendu, de vices cachés; les vices apparents dont l'emprunteur a pu constater l'existence, ou généralement les vices même cachés qu'il connaissait lors du prêt, n'engagent pas la responsabilité du prêteur (26).

---

(24) Pothier, n° 83.
(25) L'article 1891 C. N. est au même effet.
(26) Baudry-Lacantinerie, *Prêt*, n° 673.

Remarquons de plus qu'à raison de la gratuité du prêt, la garantie que le prêteur doit à l'emprunteur est moins rigoureuse que celle, en pareille occurrence, du vendeur ou du locateur, car ceux-ci répondent même des vices cachés dont ils ignoraient l'existence.

CHAPITRE DEUXIEME. — Du prêt de consommation.

Section I. — Dispositions générales.

I. Définition. — Dans le droit romain le prêt de consommation était connu sous le nom de *mutuum*. L'article 1777, copié sur l'article 1892 du code Napoléon qui a emprunté la définition de Pothier, le définit en ces termes:

1777. "Le prêt de consommation est un contrat par lequel le "prêteur livre à l'emprunteur une certaine quantité de choses "qui se consomment par l'usage (1), à la charge par ce dernier "de lui en rendre autant de la même espèce et qualité" (2).

II. Différence entre le prêt à usage et le prêt de consommation. — J'ai expliqué plus haut la différence entre le prêt à usage et le prêt de consommation, différence qui découle de la nature diverse des choses qui peuvent faire l'objet d'un contrat de prêt, car on peut se servir de certaines choses sans les consommer, tandis que d'autres se détruisent par l'usage qu'on en fait.

J'ai ajouté qu'il faut surtout, pour déterminer la nature du contrat, se demander quelle a été l'intention des parties; car il se peut, en effet, qu'une chose qui se consomme par l'usage ait été prêtée uniquement pour en faire montre, et qu'une chose qui ne

(1) Il eût été plus exact de dire ici "choses fongibles".

(2) La cour de révision, dans la cause de *Francis* v. *Bousquet* (27 L. C. J. 115; 6 L. N. 122), a décidé que le terme de "dépôts" appliqué aux dépôts faits dans une banque était une appellation irrégulière, et que ces prétendus dépôts étaient réellement des prêts de consommation. Semblable décision a été rendue par la cour d'appel dans la cause de *Vanier* v. *Kent*, R. J. Q., 11 B. R. 373.

se consomme pas ait été livrée avec le condition que l'emprunteur pourrait en disposer, sauf à remettre au prêteur une chose semblable (3).

Mais la différence capitale entre le prêt à usage et le prêt de consommation, c'est que, dans le cas du premier, le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée (art. 1764), tandis que, lorsqu'il y a prêt de consommation, c'est l'emprunteur qui devient propriétaire de la chose.

C'est du reste la disposition de l'article 1778 qui se lit comme suit :

1778. "Par le prêt de consommation l'emprunteur devient le "propriétaire de la chose prêtée, et la perte en retombe sur "lui" (4).

Il s'ensuit qu'alors que le prêt à usage ne donne qu'un droit *personnel*, le prêt de consommation confère un droit *réel*, puisqu'il est translatif de propriété.

Plusieurs conséquences pratiques découlent de ce principe.

Et d'abord il faut avoir la capacité d'aliéner pour pouvoir consentir un prêt de consommation; un administrateur qui peut prêter à usage ne peut faire un prêt de consommation.

"Pour le prêt de consommation", dit l'article 1781, "le prê-"teur doit avoir le droit d'aliéner la chose prêtée" (5).

Une autre conséquence évidente qui découle du principe que le prêt de consommation est translatif de propriété, c'est que tous les risques de la chose sont à la charge de l'emprunteur.

C'est du reste ce que déclare l'article 1778, que j'ai cité plus haut, qui fait l'application, au prêt de consommation, de la règle *res perit domino.*

---

(3) Voy. *supra*, p. 108.

(4) L'article 1893 C. N. est au même effet.

(5) Je n'ai cité que la première partie de l'article 1781, que les codificateurs ont placé sous la rubrique *Des obligations du prêteur.* Cette énonciation de principe ne se trouve pas textuellement au code Napoléon, mais elle n'est pas plus douteuse dans le droit français moderne que dans notre droit.

III. Différences entre le prêt de consommation et quelques autres contrats. — Il est toujours utile de comparer le contrat que l'on étudie à d'autres contrats qui lui ressemblent plus ou moins; c'est le moyen le plus sûr de préciser la nature du contrat étudié. Je ferai cette comparaison à traits rapides.

Entre le *prêt de consommation* et la *vente* la distinction est facile à faire, la vente se consentant moyennant un prix en argent, le prêt de consommation pour la considération que l'emprunteur s'engage de rendre une autre chose semblable. Pour cette raison même l'*échange* présente plus d'analogie avec le prêt de consommation; cependant, ils se distinguent en ce que l'échange des deux choses se fait simultanément, par le seul consentement des parties, et ces choses ne sont pas nécessairement semblables, tandis que, dans le prêt de consommation, le prêteur reçoit, après un certain délai, une chose semblable à celle qu'il a prêtée.

Le *louage* et le *prêt de consommation* se distinguent également sans peine. Mais il y a ceci à remarquer. Le prêt de consommation peut-être consenti à titre onéreux, comme dans le cas du prêt à intérêt. Alors les analogies sont plus frappantes entre les deux contrats. Cependant, le prêt est un contrat réel, le louage, un contrat consensuel; le prêteur cesse d'être propriétaire, le locateur le demeure toujours; le prêteur n'est pas, comme le locateur, obligé de faire jouir l'emprunteur; enfin, dans le louage, les risques sont pour le locateur, dans le prêt de consommation, ils sont pour l'emprunteur. D'ailleurs, comme l'emprunteur ne rend pas la chose qu'il a reçue, mais une chose semblable, il semble que les points de comparaison entre les deux contrats manquent absolument.

Le *prêt de consommation* ressemble beaucoup au *quasi-usufruit,* car dans l'un et l'autre cas la chose livrée devient la propriété de celui qui la reçoit sous l'obligation d'en rendre une autre de même nature; toutefois, je puis signaler les différences suivantes. Le quasi-usufruit résulte, soit d'un contrat onéreux ou à titre gratuit, soit d'une disposition testamentaire, le prêt de

consommation est toujours un contrat; le quasi-usufruitier doit fournir caution s'il n'en est pas dispensé (6), au contraire, l'emprunteur n'y est tenu que quand il s'y est obligé.

SECTION II. — DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

A proprement parler, le prêteur n'a pas d'obligations, car on s'entend généralement à enseigner que le prêt de consommation, comme le prêt à usage, est un contrat unilatéral. J'accepte cette donnée, non sans hésitation toutefois, car le prêt de consommation, comme la vente, est translative de propriété et engendre une obligation de garantie chez le prêteur. Mais on peut dire que l'idée qui domine dans le prêt, c'est d'imposer une obligation et très souvent de rendre un service à l'emprunteur. La nature de la chose prêtée entraîne forcément la conséquence que l'emprunteur, qui pour s'en servir est obligé de la consommer, doit en rendre une autre semblable et devient donc propriétaire de la chose qu'il reçoit. Mais, subjectivement, le prêt de consommation rentre tout aussi bien dans la catégorie des contrats unilatéraux que le prêt à usage.

Aussi, la seule obligation du prêteur dont parle le code est-elle une obligation accidentelle, soit une obligation qui naît à l'occasion du contrat. C'est celle de garantir l'emprunteur contre les vices de la chose.

"Pour le prêt de consommation", dit l'article 1781, "le prêteur "doit avoir le droit d'aliéner la chose prêtée, et il est sujet à la "responsabilité établie dans l'article 1776 relatif au prêt à "usage" (7).

Il va sans dire que le prêt de la chose fongible qui appartient à autrui est nul, et le prêteur qui a sciemment prêté une chose qui ne lui appartenait pas, ou plus généralement une chose qu'il ne pouvait aliéner, est tenu des dommages-intérêts qu'éprouve

(6) Voy. Demolombe, t. 10, n° 481.

(7) L'art. 1898 C. N. ne parle que de la responsabilité des vices de la chose.

l'emprunteur. Et quant aux vices de la chose, notre article dit que la responsabilité est la même que celle qui incombe à celui qui prête à usage. Peu importe que le prêt comporte intérêts, la responsabilité du prêteur n'existe que lorsqu'il connaissait les vices de la chose.

SECTION III. — DES OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR.

L'article 1782 indique la principale obligation de l'emprunteur en disant que "l'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées "en même quantité et qualité, et au terme convenu" (8).

Il n'y a aucune difficulté quand le terme de la restitution a été fixé par la convention; il n'y a alors qu'à donner effet à cette convention. Lorsque aucun terme n'a été stipulé, le prêteur ne peut pas, pour cette seule raison, réclamer la restitution immédiate du prêt, car ce serait manifestement contraire à l'intention des parties. La seule chose à faire, si elles ne s'entendent pas sur l'époque de la restitution, c'est de recourir à la justice, qui prononcera suivant les circonstances. C'est du reste ce que décrète l'article 1783 en ces termes:

1783. "S'il n'y a pas de convention par laquelle on puisse dé-"terminer le terme, il est fixé par le tribunal suivant les circons-"tances."

Le code Napoléon (art. 1900) contient une disposition que notre code a omis. Aux termes de cette disposition, "s'il a été "seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pour-"rait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un ter-"me de paiement suivant les circonstances." Une telle obligation serait valable, car la condition stipulée n'est pas purement protestative, mais plutôt casuelle; toutefois, la règle posée à l'article 1783 suffit pour permettre aux tribunaux de fixer l'époque du remboursement dans le cas où la convention a été ainsi faite.

Il n'y a pas lieu d'appliquer au prêt de consommation la règle qui permet au prêteur à usage de réclamer la restitution de la

(8) C'est la copie textuelle de l'art. 1902 C. N.

chose lorsqu'il lui en survient un besoin pressant et imprévu (art. 1774). Le prêteur, dans ce cas, peut toujours se procurer des choses semblables, et d'ailleurs les raisons qui ont fait admettre ce tempérament dans le cas du prêt à usage, sont sans application lorsqu'il s'agit d'un prêt de consommation.

Nous avons vu que l'obligation de l'emprunteur consiste à rendre, non pas la chose empruntée qui est devenue sa propriété, mais une chose semblable en qualité et quantité qui, par le fait de la restitution, deviendra la propriété du prêteur. Une règle spéciale a été décrétée à l'égard des prêts de sommes de deniers, car il peut très bien arriver que les espèces aient, depuis le prêt, subi une hausse ou une dépréciation. C'est la disposition de l'article 1779 qui se lit comme suit (9) :

1779. "L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est tou-"jours que de la somme numérique reçue.

"S'il y a augmentation ou diminution dans la valeur des espè-"ces avant l'époque du paiement, l'emprunteur est obligé de ren-"dre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette "somme en espèces ayant cours au temps du paiement" (10).

Le législateur regarde la monnaie, non pas comme une marchandise, mais comme une valeur de convention, un signe de la valeur inscrite sur les espèces prêtées.

La règle de l'article 1779 ne s'applique que lorsque les parties ne se sont pas expliquées autrement, car le prêteur peut stipuler que l'emprunteur lui rendra, non pas seulement la somme numérique prêtée, mais une valeur identique à celle qu'il a reçue. On conçoit difficilement qu'on ait jamais pu douter de la légalité d'une telle convention, et pourtant Pothier (11) enseignait que cette convention était nulle, et quelques auteurs modernes ont

---

(9) **Les codificateurs ont placé cet article et celui qui le suit dans la section I qui porte la rubrique "*Dispositions générales*"; il il aurait fallu les insérer dans la section III où il est question des obligations de l'emprunteur.**

(10) **L'article 1895 du code Napoléon est au même effet.**

(11) ***Contrat de prêt de consommation*, n° 37.**

opiné dans le même sens. A mon avis ils donnent un effet trop absolu à l'article 1895 du code Napoléon qui est au même effet que notre article 1779. En décider autrement serait restreindre la liberté des conventions et donner une portée prohibitive à notre article qui, à mon sens, ne fait qu'interpréter la convention lorsque les parties se sont contentées de stipuler que la somme numérique sera restituée (12).

L'article 1780 envisage le cas du prêt de lingots ou de denrées. Il dit que "si le prêt a été fait en lingots ou en denrées, l'em-"prunteur doit toujours rendre la même quantité et qualité qu'il "a reçues et rien de plus, quelle que soit l'augmentation ou la di-"minution de leur prix" (13).

Dans le cas de prêt de lingots ou de denrées, le législateur présume que les parties ont envisagé la valeur intrinsèque, soit la qualité de la chose prêtée. Donc, si dix barres d'argent ont été prêtées, l'emprunteur doit rendre dix barres de la même qualité, sans égard à la valeur extrinsèque de l'argent lors de la restitution.

La disposition de l'article 1780 ne peut donner lieu à aucune difficulté d'interprétation ou d'application; ce n'est que l'énonciation de la règle générale qui veut que l'emprunteur rende des

---

(12) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 753.

Cet auteur ajoute toutefois (n° 754) qu'en matière de prêt civil, où l'on ne peut, en France, stipuler un intérêt plus élevé que cinq pour cent, l'augmentation de la somme, pour rencontrer la diminution dans la valeur des espèces, ne doit pas, jointe aux intérêts, dépasser cinq pour cent. Je ne vois aucune raison d'accueillir cette restriction, car, dans l'espèce, comme le fait observer le savant auteur, le prêt porte réellement sur les métaux qui servent à la composition des pièces d'or ou d'argent prêtées; et alors il ne peut être question de savoir si, par suite de la dépréciation de la monnaie, le prêteur recevra une somme numérique supérieure à celle qu'il a prêtée, plus les intérêts. Il a prêté, non pas une somme numérique, mais une valeur déterminée, et c'est cette valeur que l'emprunteur doit lui restituer.

(13) Cet article reproduit en d'autres termes les dispositions des articles 1896 et 1897 du code Napoléon.

choses semblables à celles qu'il a reçues. L'article 1779, nous l'avons vu, accueille une exception à cette règle lorsqu'une somme numérique a été prêtée.

Maintenant quand l'emprunteur est en demeure de payer sa dette, il est nécessaire de décider quelle valeur il doit rendre : est-ce celle qu'avait la chose lors du terme stipulé ou celle qu'elle se trouve avoir au moment de la mise en demeure? L'article 1784 répond à cette question en ces termes :

1784. "Si l'emprunteur est en demeure de satisfaire à l'obli-"gation de rendre la chose prêtée, il est tenu, au choix du prê-"teur, d'en payer la valeur au temps et au lieu où la chose devait "être rendue d'après la convention ; si ce temps et ce lieu n'ont "pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu "où l'emprunteur a été mis en demeure; avec intérêt dans les "deux cas à compter de la mise en demeure."

Il y a quelques différences à signaler entre cet article et l'article 1903 du code Napoléon, qui lui correspond. Et d'abord, ce dernier article statue pour le cas où l'emprunteur est dans l'impossibilité de remplir son obligation ; notre article envisage uniquement le cas où l'emprunteur se trouve en demeure d'acquitter sa dette. De plus, l'article 1903 ne contient pas les mots "au choix du prêteur". Il faut lire attentivement notre article pour voir sur quoi le choix du prêteur peut se porter. L'intention de la loi me semble être de décréter que lorsque l'emprunteur est en demeure de satisfair à son obligation, le prêteur peut insister sur le paiement de la valeur de la chose au temps et au lieu où elle devait être rendue, de telle sorte que l'emprunteur ne peut plus lui offrir une chose semblable à celle qui lui a été prêtée. Autrement l'emprunteur profiterait de son refus d'exécuter son obligation, et offrirait une chose semblable si la chose prêtée avait subi une dépréciation depuis l'époque fixée pour la restitution, et la valeur de cette chose à cette époque si elle avait augmenté depuis. Une autre différence entre les deux articles, c'est que, lorsque le temps et le lieu de la restitution n'ont pas été réglés, le paiement se fait, sous notre code, au prix du temps et du lieu où l'emprun-

teur a été mis en demeure, tandis que, sous le code Napoléon, il se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. L'article 1903 du code français ne parle pas de l'intérêt; il en est question à l'article 1904 de ce code, seulement l'intérêt ne court que de la demande en justice (14).

Je ne crois pas que notre article donne lieu à aucune difficulté d'interprétation.

CHAPITRE TROISIEME. — Du prêt à intérêt.

Le prêt à intérêt n'est qu'une variante du prêt de consommation. Car la somme prêtée se rend par le paiement d'une somme égale et non pas par la restitution des espèces mêmes qui ont été fournies. Mais l'emprunteur ne reçoit plus un service gratuit, il paie au prêteur une compensation pour l'usage des deniers, et cette compensation s'appelle l'intérêt.

L'intérêt est donc le profit que le prêteur stipule comme p ix de la jouissance qu'il accorde à l'emprunteur. Anciennement on regardait le prêt à intérêt comme immoral, et il fut même prohibé tant par les lois civiles que par les lois canoniques. A la défense absolue succéda cependant la limitation du taux de l'intérêt et, alors qu'on reconnaissait le droit de stipuler un intérêt modéré, on sévissait contre l'usure, qui est l'abus de ce droit.

Dans cette province l'histoire du prêt à intérêt peut se diviser en trois périodes.

La première période est celle de la prohibition absolue de la stipulation d'un intérêt plus élevé que six par cent. Cette prohibition a été faite, en 1777, par le statut 17 Geo. III, ch. 5, et sa sanction était la nullité de tout contrat stipulant un tel intérêt et la punition du créancier par une amende du triple du montant prêté. Ce statut fut modifié en 1853, par la loi 16 Vict., ch. 40, qui supprima l'amende et réduisit l'intérêt stipulé au chiffre de l'intérêt légal.

---

(14) Voy. *Daly* v. *Daly* (R. J. Q. 1, C. S. 457).

La deuxième période est celle de la liberté absolue de stipuler tout intérêt quelconque, quel qu'en soit le taux. Cette période date de la loi 22 Vict., ch. 58, adoptée en 1859. Toutefois, le maximum du taux de l'intérêt d'un prêt fait par une banque, fut fixé à sept par cent. Par cette loi, l'intérêt légal resta au chiffre de six par cent. Ce chiffre fut réduit en 1900 à cinq par cent (63-64 Vict., ch. 29).

La troisième période est celle de la prohibition absolue, bien que qualifiée, de la stipulation d'un intérêt plus élevé que douze par cent. C'est la loi que le parlement canadien a récemment adoptée (6 Ed. VII, ch. 32, 1906) qui contient cette prohibition. Aux termes de cette loi, nul prêteur d'argent (1) ne peut stipuler ou exiger, sur un prêt d'argent dont le capital est en dessous de cinq cents dollars, un intérêt ou escompte plus élevé que douze par cent par an, lequel intérêt est encore réduit à cinq par cent par an à compter de la date du jugement rendu dans une action en recouvrement du montant dû. La loi porte en outre que dans toute action se rapportant à un prêt d'argent fait par un prêteur d'argent, dont le capital était originairement de moins de cinq cents dollars, et où il y a allégation que le montant d'intérêt payé ou réclamé excède le taux de douze par cent, la cour peut, malgré tout règlement entre les parties, libérer l'emprunteur de l'obligation de payer toute somme en sus de ce taux d'intérêt, ou même condamner le prêteur à rembourser toute somme qui a pu lui être payée en sus de cet intérêt. Toutefois, le tiers détenteur de bonne foi d'un effet de commerce escompté par un détenteur précédent à un intérêt excédant l'intérêt permis, peut recouvrer le montant de tel effet de commerce, sauf le recours de celui qui le paie contre le prêteur d'argent pour le recouvrement de tout ce

---

(1) D'après l'art. 2, l'expression "prêteur d'argent" comprend toute personne qui exerce la profession de prêter de l'argent, ou qui s'annonce ou se donne comme exerçant cette profession, et qui habituellement prête de l'argent à un taux plus élevé que dix par cent par an, mais ne comprend pas les prêteurs sur gages dûment enregistrés.

qu'il a pu payer en sus de l'intérêt permis. Le prêteur d'argent qui prête à un taux excédant douze par cent par an est passible d'un emprisonnement n'excédant pas un an, ou d'une amende n'excédant pas mille dollars.

J'ai dit que la prohibition que contient cette loi est absolue en même temps que qualifiée. En effet, elle ne s'applique qu'aux prêteurs d'argent de profession qui prêtent habituellement à un taux d'intérêt excédant dix par cent par an. Elle ne me paraît pas atteindre un prêt isolé fait par une autre personne (2).

Pour revenir aux dispositions de notre code sur le prêt à intérêt, notons celle de l'article 1785, qui se lit comme suit:

1785. "L'intérêt sur prêt est ou légal ou conventionnel.

"Le taux de l'intérêt légal est fixé à six pour cent par année.

"Le taux de l'intérêt conventionnel peut être fixé par convention entre les parties (3), excepté:

---

(2) On décide que cette loi n'a pas d'effet rétroactif: *Tapley* v. *Marks*, juge Curran, 13 R. L. n. s., p. 42. On me signale également les deux arrêts suivants non rapportés, comme étant au même effet. *Foisy* v. *McIntyre*, juge Robidoux, en décembre 1906, et *Choquette* v. *Turenne*, juge Bruneau.

La législature provinciale, tout en se reconnaissant impuissante à dicter une loi ayant un caractère commercial, a voulu cependant d'une manière indirecte réprimer l'usure; et, à cette fin, quelques mois avant la passation du statut fédéral, elle a adopté, par la loi 6 Ed. VII, ch. 40, un amendement à l'article 1149 C. C., permettant au juge d'ordonner que des intérêts qui lui paraissent usuraires, soient payés par versements, dont il pourra fixer les montants et les échéances à sa discrétion, selon les circonstances.

Le juge Bruneau, dans la cause de *Choquette* v. *Turenne* déjà citée, a fait l'application de cette loi, en condamnant le défendeur à payer au demandeur la somme de $164.80, par versements mensuels de $1.50, ce qui donnait au défendeur un délai de plus de neuf ans pour éteindre sa dette.

(3) Il a été jugé, dans la cause de *Lacke* v. *Leblanc* (R. J. Q., 8 C. S. 69) qu'un intérêt de sept pour cent par année est recouvrable sur avances, s'il est prouvé que tel était le taux invariablement chargé en pareil cas et que le défedenur avait reçu, sans objection de sa part, des états de compte où ce taux était mentionné.

"1° Quant à certaines corporations mentionnées en la loi concernant l'intérêt, qui ne peuvent recevoir plus que les taux qui "y sont mentionnés;

"2° Quant à quelques autres corporations qui par des lois spéciales sont limitées à certains taux d'intérêt;

"3° Quant aux banques qui ne sont passibles d'aucunes peines "pour raison d'usure, mais ne peuvent recouvrer plus de sept "pour cent."

Cette disposition se trouve modifiée par les lois que j'ai mentionnées. l'intérêt légal étant réduit à cinq par cent, et l'intérêt conventionnel, dans le cas d'un prêteur d'argent, étant limité à douze par cent. Je puis ajouter qu'aux termes du statut fédéral 60-61 Vict., ch. 8, lorsque l'intérêt convenu excède six pour cent, et est stipulé à raison de tant par jour, semaine ou mois, ou à tant pour un temps moindre qu'un an, le contrat doit indiquer expressément le taux annuel auquel correspond le taux stipulé. Si cette énonciation n'est pas faite, l'intérêt se trouve réduit au chiffre de six pour cent.

L'article 1786 établit en ces termes une présomption légale du paiement des intérêts par suite de la quittance du capital que donne le créancier:

1786. "La quittance du capital fait présumer le paiement des "intérêts, à moins qu'il n'en soit fait réserve" (4).

Cette présomption est-elle *juris et de jure* ou *juris tantum*? La question est controversée en France (5). Le raisonnement des auteurs qui soutiennent qu'il y a ici présomption *juris et de jure* ne me convainc pas, et je crois qu'il n'y a qu'une simple présomption légale.

Quand une partie seulement du capital a été payée, la présomption de l'article 1786 ne s'étend pas au surplus qui reste dû.

---

(4) Cette disposition reporduit l'article 1908 du code Napoléon.

(5) Voy., pour l'indication des opinions des auteurs, M. Baudry-Lacantinerie, n° 919.

CHAPITRE QUATRIEME. — De la constitution de rente.

I. Définition. — L'article 1787 donne de la constitution de rente la définition suivante:

1787. "La constitution de rente est un contrat par lequel les "parties conviennent du paiement par l'une d'elles de l'intérêt "annuel sur une somme d'argent due à l'autre ou par elle comptée, pour demeurer permanemment entre les mains de la pre-"mière comme un capital qui ne doit pas être demandé par la "partie qui l'a fournie, excepté dans les cas ci-après mentionnés.

"Elle est assujettie quant au taux de la rente aux mêmes règles "que les prêts à intérêt" (1).

J'ai fait l'historique des rentes constituées dans mon tome 2, p. 443. Il résulte de l'article 1787 que c'est un contrat qui laisse le débiteur libre de rembourser le capital, mais qui enlève au créancier le droit de l'exiger. Dans l'ancien droit on regardait la constitution de rente comme étant la vente du capital, moyennant des redevances périodiques, et on l'avait imaginée pour éluder la prohibition du prêt à intérêt. Nos codificateurs disent qu'ils n'ont pas voulu confondre la constitution de rente avec le prêt à intérêt, tout en reconnaissant que la distinction entre les deux est un résultat artificiel et forcé des objections que rencontrait autrefois le prêt à intérêt. Mais sous le couvert d'une constitution de rente, on ne peut stipuler un intérêt que la loi prohibe (2).

(1) L'article 1900 du code Napoléon se contente de dire qu'on peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger, et que dans ce cas le prêt prend le nom de constitution de rente.

(2) J'ai fait, dans mon tome 2, p. 442, la distinction entre la rente foncière, qui est établie comme prix de la cession d'un immeuble, et la rente constituée qui est créée moyennant l'abandon d'une somme d'argent. Il est question de cette dernière dans ce chapitre, mais, comme je le dirai, l'art. 1792 ne se réfère qu'à la rente foncière.

II. Actes par lesquels on peut constituer une rente. — Après avoir dit que la constitution de rente constitue un contrat, l'article 1788 ajoute qu'elle peut aussi se faire par donation ou par testament (3). Il n'y a aucune difficulté quant à la donation qui est un contrat; il en est autrement du testament qui est un simple acte. Les codificateurs disent qu'aucune remarque particulière n'est requise sous l'article 1788, et ils renvoient aux autorités citées sous l'art. 1787. Ces autorités ne parlent pas de la constitution de rente par testament.

Il n'est pas douteux qu'on peut, par un testament, léguer une rente aussi bien qu'une somme d'argent. Le testateur peut également donner une somme d'argent à son héritier à la charge de servir une rente à un tiers. Mais des dispositions de ce genre diffèrent essentiellement du contrat de constitution de rente en ce que d'abord la constitution de rente est un contrat, et ensuite parce que ce contrat suppose l'aliénation d'un capital avec défense au créancier de la rente d'exiger le remboursement de ce capital, mais avec faculté, pour le débiteur de la rente, de le rembourser et de mettre fin à son obligation de servir la rente. Je crois donc, malgré l'énonciation de l'article 1788, que la constitution de rente par testament, du moins suivant la conception qu'en fait le législateur en ce chapitre, est juridiquement impossible (4).

(3) Art. 1788, "La constitution de rente peut aussi se faire par "donation et par testament." Cet article n'existe pas dans le code Napoléon.

(4) Le testateur peut sans doute proposer à son légataire de consentir un contrat en faveur d'un tiers, mais le contrat n'existera qu'à compter du concours de volonté entre le légataire et le tiers. De même, une disposition testamentaire peut léguer une somme d'argent à A, à charge de payer une rente à B, en réservant au premier la faculté de se dispenser du paiement de la rente en remboursant à B la somme léguée. Ce résultat ressemblera à celui que produit la constitution de rente, mais il n'y aura pas, dans la disposition testamentaire, la constitution de rente que le législateur envisage en ce chapitre. Ce qui est cause de la confusion, c'est probablement le fait qu'indubitablement une rente peut être léguée par testament, et c'est cette idée qu'exprime l'article 1901 quant à la rente foncière.

III. Diverses sortes de rentes constituées. — Aux termes de l'article 1789, "la rente peut être constituée en perpétuel ou à "terme. Lorsqu'elle est en perpétuel, elle est essentiellement ra- "chetable par le débiteur, sujette néanmoins aux dispositions "contenues aux articles 390, 391 et 392" (5).

Le législateur s'occupe surtout ici des rentes perpétuelles. Les rentes temporaires sont ou bien viagères ou à terme. La rente viagère, à cause de l'incertitude quant à sa durée, se place dans la catégorie des contrats aléatoires ; il en sera question plus loin (6).

La rente peut être temporaire, sans constituer pour cela un prêt à intérêt (7). En effet, on peut très bien acheter, au moyen de l'aliénation définitive d'un capital, une rente qui devra cesser à l'expiration d'un certain nombre d'années. Un tel contrat diffère essentiellement du prêt à intérêt et de la rente viagère, car le capital n'est pas remboursable et le terme pendant lequel la rente devra se payer est déterminé d'avance (8).

IV. Rachat de la rente. — Pour revenir aux rentes perpétuelles, l'article 1789 dit que lorsque la rente est en perpétuel,

---

(5) Cet article correspond aux articles 1910 et 1911 du code Napoléon. Il en diffère en ce que l'article 1910 se sert de l'expression "en viager" au lieu des mots "à terme", et aussi en ce que, d'après l'article 1911, le terme conventionnel pendant lequel le débiteur ne peut rembourser le capital est restreint à dix ans, tandis que, dans notre droit, ce terme est de trente ans.

(6) L'article 1793, copie de l'article 1914 du code français, fait ce renvoi en ces termes :

1793. "Les règles relatives aux rentes viagères sont contenues "dans le titre : *Des rentes viagères.*"

(7) M. Baudry-Lacantinerie (*De la société, du prêt et du dépôt*), n° 951, dit qu'elle tombe dans la catégorie des prêts à intérêt. S'il y a clause de remboursement à l'expiration du délai, la chose ne me paraît pas douteuse, mais si le capital est définitivement aliéné, il est clair qu'il n'y a pas là de prêt.

(8) Il est question à l'article 394 de la rente temporaire, non viagère, sans capital remboursable.

elle est essentiellement rachetable par le débiteur. C'est-à-dire qu'elle dure tant que le débiteur le veut. Observons toutefois :

1° Que si elle affecte un bien-fonds, elle ne peut être créée pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, ou la durée de la vie de trois personnes consécutivement; à l'expiration de ce temps, le créancier peut exiger le capital (art. 389) ;

2° Que les parties peuvent stipuler que la rente ne sera remboursée qu'à un certain temps convenu, mais ce terme ne peut excéder trente ans (art. 390) (9).

Il est donc de l'essence de la rente constituée en perpétuel qu'elle soit rachetable par le débiteur (10), lequel ne peut s'interdire ce rachat, si ce n'est pour un terme de trente ans. On enseigne en France que la faculté de rachat n'existe que pour les rentes créées à titre onéreux (11), et tel paraît avoir été l'avis de Pothier (12).

Mais le créancier ne peut exiger ce remboursement. Toutefois cette règle souffre trois exceptions qui sont énoncées en ces termes par l'article 1790:

1790. "Le principal de la rente constituée en perpétuel peut "être réclamé :

"1. Si le débiteur ne fournit et ne continue les sûretés aux-"quelles il s'est obligé par le contrat;

"2. Si le débiteur devient insolvable ou en faillite;

"3. Dans les cas spécifiés aux articles 390, 391 et 392" (13).

---

(9) Il n'est pas nécessaire de parler des rentes créées par bail emphytéotique qui n'ont rien de commun avec les rentes constituées dont il est question en ce chapitre.

(10) Voy. *Hall* v. *Dubois* (8 L. C. R. 361).

(11) Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité n° 977.

(12) Constitution de rente, n° 166.

(13) Disons immédiatement, — mais ce point n'est pas très important, — que le renvoi aux articles 390, 391 et 392 est inexact, car il n'y est pas question de cas où le créancier de la rente pourrait exiger le remboursement de la rente. On aurait dû renvoyer à l'article 389, qui porte que nulle rente, soit foncière ou autre, affectant un

L'article 1790 correspond aux articles 1912 et 1913 du code Napoléon avec toutefois une différence importante. En France, aux termes de l'article 1912, le débiteur de la rente peut être contraint au rachat s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans.

Les codificateurs disent qu'ils ont omis cette disposition "qui", ajoutent-ils, "n'est pas loi pour nous." En effet, l'ordonnance de 1629, art. 149, interdisait expressément d'exiger le remboursement de la rente faute de paiement des arrérages. Sans cette disposition formelle, on aurait pu croire que, par l'effet de la condition résolutoire tacite, sous-entendue en tous les contrats (art. 1065), sauf la vente immobilière et la donation, le créancier de la rente pourrait demander la résolution du contrat et le remboursement du capital. Nul doute, cependant, que la résolution, pour le cas du défaut de paiement des arrérages, peut être stipulée ici comme dans la vente immobilière et la donation.

Remarquons que dans la cause de *La compagnie de prêt et de Crédit Foncier* v. *Garand* (25 L. C. J. 101), le juge Jetté a décidé qu'avant le code le vendeur avait, sans stipulation à cet effet, le droit d'exercer l'action en résolution de vente faute de paiement, soit partiel, soit total, du prix, et même faute de prestation de la rente constituée représentant le prix; que ce droit de résolution pouvait être exercé par le vendeur qui n'avait pas fait renouveler l'enregistrement de son titre, à l'encontre des créanciers hypothécaires dont les droits étaient régulièrement enregistrés; enfin que le vendeur non payé, qui n'avait pas exercé son droit de résolution avant le décret de l'immeuble, pouvait convertir sa demande en réclamation sur les deniers et être préféré aux créanciers enregistrés.

Les cas énumérés par l'article 1790 ne peuvent donner lieu à aucune difficulté. Ce n'est que l'application, au cas de la rente constituée, du même principe qui prive le débiteur du bénéfice

---

bien-fonds ne peut être créée pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ou la durée de la vie de trois personnes consécutivement, et que ces termes expirés, le créancier de la rente peut en exiger le capital.

du terme lorsqu'il devient insolvable ou qu'il diminue les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

Donc, sauf les cas que mentionne l'article 1790, le créancier de la rente ne peut demander le remboursement du capital. Lorsqu'un immeuble hypothéqué au paiement d'une rente est vendu par décret, l'hypothèque est purgée. Il est clair que dans ce cas le créancier, privé des sûretés qu'il avait stipulées, peut exiger le remboursement du capital. Il est également clair qu'il doit être colloqué pour ce capital suivant le rang de son hypothèque. L'article 1792, qui ne statue que dans l'hypothèse d'une rente assurée par privilège et hypothèque de vendeur, et c'est la rente foncière, ajoute que "le créancier d'une rente assurée par privi-"lège et hypothèque de vendeur, a droit de demander que la "vente par décret de l'immeuble affecté à tel privilège et hypo-"thèque, soit faite à la charge de la rente ainsi constituée" (14).

Dans la cause de *Wright* v. *Moreau* (M. L. R., 1 B. R. 456), la cour d'appel a jugé que depuis la mise en vigueur du code civil, le tiers détenteur d'un immeuble affecté au paiement d'une rente constituée créée pour le paiement du prix de vente, n'est pas personnellement responsable du paiement de cette rente, et que cette règle s'applique à une rente créée avant la promulgation du code.

Le juge Andrews a aussi jugé, dans la cause de *Bilodeau* v. *Richard* (R. J. Q. 6 C. S. 23), qu'en l'absence de privilège et lorsque aucune hypothèque n'est créée pour assurer le paiement d'une rente constituée, le créancier de cette rente ne peut demander que la vente par décret de l'immeuble, par la vente duquel la rente a été stipulée, soit faite à charge de cette rente.

C'est le droit de tout créancier de produire une opposition à fin de charge lorsqu'un immeuble saisi est annoncé en vente sans mention d'une charge dont cet immeuble est grevé en sa faveur et qui peut être purgée par le décret (art. 724 C. P. C.). L'article 1792 accorde expressément ce droit au créancier d'une ren-

(14) Cet article vient des S. R. B. C., ch. 50, art. 7.

te foncière, mais ne mentionne pas la rente constituée qui est pourtant celle dont il s'agit en ce chapitre, comme le démontre la définition de l'article 1787. Cette rente peut être garantie par hypothèque, mais cette hypothèque ne sera pas celle du vendeur que mentionne l'article 1792. Les codificateurs disent que l'une des différences entre la constitution de rente et le prêt à intérêt se trouve dans le chapitre des statuts refondus relatif aux rentes (le chapitre 50) dont une des clauses accorde l'opposition à fin de charge pour la conservation de ces rentes. Cependant la clause dont parlent les codificateurs ne se réfère qu'à la rente foncière. Je crois qu'on ne peut donner plus d'extension à l'article 1792, et que l'opposition à fin de charge ne sera pas recevable pour une rente constituée moyennant le paiement d'une somme d'argent, pas plus qu'elle ne le serait pour un prêt à long terme (15).

Le capital des rentes constituées en perpétuel ne pouvant être exigé, il va sans dire qu'il ne peut être question de sa prescription. Les arrérages, au contraire, sont prescriptibles par cinq ans (16).

---

(15) La cour de révision, dans la cause de *Pinsonnault* v. *Grant* (R. J. Q., 12 C. S., 339), a jugé qu'au cas où aucune opposition afin de charge n'a été faite pour conserver la rente, ce décret avait pour effet de l'éteindre.

(16) L'article 1791 dit que "les règles concernant la prescription "des arrérages des rentes constituées sont contenues dans le titre des "prescriptions." Cet article renvoie à l'art. 2250, aux termes duquel cette prescription est de cinq ans.

TITRE DIXIÈME

DU DÉPÔT

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

D'après Pothier (1), "le dépôt est un contrat par lequel l'un "des contractants donne une chose à garder à l'autre, qui s'en "charge gratuitement, et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera "requis."

Le code Napoléon (art. 1915) reproduit en substance cette définition, sauf qu'il remplace le mot *contrat* par le mot *acte*, afin, disent les commentateurs, de comprendre le séquestre judiciaire qui est plutôt un acte judiciaire qu'un contrat (2). Notre code, comme d'ordinaire, omet de définir le dépôt, mais nous pouvons accepter la définition de Pothier, en observant qu'il n'y a que le dépôt simple qui soit essentiellement gratuit.

Le dépôt est un contrat réel et ne reçoit sa perfection que par la tradition de la chose. Je reviendrai sur ce point.

Comparons maintenant le dépôt à quelques autres contrats avec lesquels il présente des analogies.

Ainsi, comme le prêt, soit à usage, soit de consommation, le dépôt est un contrat réel et ordinairement gratuit, mais il se distingue du prêt à usage en ce que le dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose déposée, et du prêt de consommation en ce qu'il doit rendre la chose et non pas la consommer (3). De plus le dépositaire est tenu de rendre la chose en tout temps, tandis que l'emprunteur jouit du terme convenu, sauf le cas de l'article 1774.

---

(1) *Dépôt*, n° 1.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Dépôt et Séquestre*, n° 1009.

(3) Dans le dépôt irrégulier, le déposant rend non la chose, mais une chose semblable, et alors le contrat ressemble beaucoup au prêt de consommation.

Le dépôt se distingue facilement du mandat, même au cas où le mandataire est tenu de restituer la chose qui lui a été confiée, car le rôle du mandataire est actif et comporte une gestion, celui du dépositaire est beaucoup moins actif et se borne à la garde de la chose.

De même, on saisit aisément la différence entre le dépôt et le nantissement, car dans le dernier contrat le dépôt de la chose se fait dans l'intérêt de celui qui la reçoit et à titre de garantie, tandis que dans le dépôt la remise de la chose s'effectue dans l'intérêt de celui qui la dépose.

On distingue ordinairement le dépôt du louage d'ouvrage par le caractère de gratuité qui appartient au premier, mais ce caractère peut disparaître, car nous verrons que dans certains cas, celui du séquestre par exemple, les soins du dépositaire sont rémunérés, et alors il est très difficile de dire si on est en présence d'un dépôt ou d'un louage d'ouvrage. J'aurai l'occasion de revenir sur ce point.

Le contrat de transport ressemble encore au dépôt, mais il porte principalement sur l'obligation du voiturier de transporter la chose de l'endroit où elle lui a été remise en un autre endroit qui lui est indiqué par l'expéditeur. Il est de plus onéreux de sa nature.

"Il y a deux espèces de dépôt, le dépôt simple et le séquestre," dit l'article 1794, qui ne diffère de l'article 1916 du code Napoléon, qu'en ce que ce dernier article se sert de l'expression de *dépôt proprement dit* ; notre code emploie l'expression de Pothier. Nous verrons que le dépôt simple se subdivise en dépôt volontaire et en dépôt nécessaire.

CHAPITRE PREMIER. — Du dépôt simple.

Section I. — Dispositions générales.

Pothier enseignait que le dépôt simple est celui qui est fait par un seul déposant, et que lorsque plusieurs personnes dépo-

sent en commun une chose à laquelle elles ont un intérêt commun, elles ne sont censées faire toutes ensemble qu'un seul déposant. Et il distingue le dépôt simple du séquestre, en ce que ce dernier est un dépôt fait par deux personnes qui ont des intérêts différents, à la charge de rendre la chose à qui il sera jugé qu'elle devra être rendue.

Le dépôt constitue un contrat unilatéral, car, en principe, il n'y a que le dépositaire qui s'oblige. Si le code parle des obligations du déposant, ce n'est pas parce que ces obligations découlent du contrat de dépôt. Elles prennent naissance dans un fait subséquent au contrat, par exemple elles ont pour cause les dépenses que le déposant a pu faire pour la conservation de la chose. Cette considération a porté les auteurs à imaginer une nouvelle catégorie de contrats, celle des contrats unilatéraux imparfaits. J'ai repoussé cette classification dans le cas du prêt, et je puis renvoyer à ce que j'ai dit à ce sujet (1).

Le dépôt simple est de plus un contrat de bienfaisance. L'article 1795, qui reproduit en substance l'article 1917 du code Napoléon, le dit en ces termes:

1795. "Il est de l'essence du dépôt simple qu'il soit gratuit."

C'était déjà la solution de Pothier (nº 13). Cependant il arrive souvent que le dépositaire stipule un salaire pour les soins qu'il donne à la chose. Je puis indiquer, comme exemple, les bureaux qui existent dans toutes nos gares de chemin de fer, où le voyageur dépose des objets moyennant une faible rémunération qu'il paie au gardien. J'ai dit que dans ce cas il est assez difficile de distinguer le dépôt du louage d'ouvrage, et précisément plusieurs auteurs soutiennent qu'il y a alors louage d'ouvrage et non pas un dépôt. On répond qu'il n'y aura louage d'ouvrage que si le salaire stipulé est l'équivalent du service rendu, et que la stipulation d'une modique récompense n'empêche pas que le service ne soit réellement un service d'ami (2). Il me semble que la disposition formelle de l'article 1795 exclut de

---

(1) *Supra*, p. 107.
(2) Baudry-Lacantinerie, nº 1169.

la catégorie des dépôts simples les contrats où la garde de la chose est rémunérée, et le code le démontre en décrétant que le séquestre n'est pas essentiellement gratuit (art. 1819). Donc il n'y aura dépôt simple que si le dépositaire n'a stipulé aucun salaire, et, au cas contraire, il y aura soit un louage d'ouvrage, soit un mandat.

Le code ajoute, article 1796, que "les choses mobilières seules "peuvent être l'objet du dépôt simple" (3). Il y avait controverse sur ce sujet dans l'ancien droit, et notre code, à l'instar du code Napoléon, a opté en faveur du système qui voulait que le dépôt simple ne pût porter sur des immeubles (4). Cette solution n'est pas à l'abri de toute critique, et elle nous force de voir, dans le contrat qui a pour objet la garde seule d'un immeuble, et non sa gestion, soit un louage d'ouvrage, soit un contrat innomé.

J'ai dit que le dépôt est un contrat réel, qui n'acquiert sa perfection que par la délivrance de la chose. C'est la disposition de l'article 1797, qui se lit comme suit:

1797. "La délivrance est essentielle pour la perfection du con-"trat de dépôt.

"La délivrance est suffisante lorsque le dépositaire se trouve "déjà en possession, à quelque autre titre que ce soit, de la chose "qui est l'objet du dépôt" (5).

Cet article démontre qu'il y a deux sortes de tradition: la tradition réelle et la tradition feinte. Il y a tradition réelle lorsque le déposant, qui se trouve en possession de la chose, la remet au dépositaire. La tradition est feinte quand le dépositaire, déjà en possession de la chose à un autre titre, consent à la garder pour le déposant. Ainsi un meublier me vend des meubles-meublants qu'il consent à garder jusqu'à ce que je sois prêt à les recevoir. On le voit, la tradition feinte est une interversion du titre du dépositaire.

Ainsi la cour d'appel a jugé, dans la cause de *Robertson* v. *La-*

(3) La disposition de l'art. 1918 C. N. est au même effet.

(4) Nous verrons que le séquestre peut avoir pour objet soit les meubles, soit les immeubles, (art. 1820).

(5) L'article 1919 du code Napoléon est au même effet.

foi (22 L. C. J., 169; 1 L. N., 100), que, si une personne signe un document ressemblant à un reçu d'entrepôt pour des marchandises vendues par elle et non payées par l'acheteur, et que ce document soit transporté à un tiers, ce reçu opère l'interversion de titre nécessaire pour constituer la tradition feinte.

Il est évident que la promesse de recevoir un dépôt, bien qu'étant un contrat purement personnel, est valable, et que le promettant peut être contraint à recevoir la chose. Mais il n'y aura dépôt que lorsque la tradition aura été faite. La promesse de faire un dépôt n'est pas obligatoire pour celui qui la fait parce que le dépositaire est sans intérêt à en exiger l'accomplissement.

Il y a deux espèces de dépôt simple: le dépôt volontaire et le dépôt nécessaire (6). J'expliquerai plus loin la différence entre ces deux espèces de dépôt.

Section II. — Du dépôt volontaire.

I. Définition et nature du dépôt volontaire. — L'article 1799 définit en ces termes le dépôt volontaire:

1799. "Le dépôt volontaire est celui qui se fait du consente-"ment réciproque de la personne qui le fait et de celle qui le re-"çoit" (7).

Il était à peine nécessaire de dire que le dépôt se fait du consentement réciproque du déposant et du dépositaire, car il en est ainsi de tout contrat. D'ailleurs, l'énonciation de l'article 1799 n'est pas tout à fait exacte, car le dépôt n'entre pas dans la catégorie des contrats consensuels; en effet, outre le consentement, il faut la tradition, et c'est pour cela que le contrat est réel. Ce qui préoccupe le législateur, ce n'est pas de proclamer que le dépôt volontaire exige le consentement des parties, mais d'établir la distinction entre ce dépôt et le dépôt nécessaire. Il y a en effet dépôt volontaire, lorsque le déposant choisit librement la per-

---

(6) L'article 1798, copie de l'article 1920 du code Napoléon, se lit comme suit:

1798. "Le dépôt simple est volontaire ou nécessaire."

(7) C'est la copie de l'art. 1921 du code français.

sonne du dépositaire. Il y a dépôt nécessaire lorsque ce choix est dicté par les circonstances, comme dans le cas d'un incendie, d'un pillage. Mais il doit même dans ce cas y avoir un consentement, sans quoi il n'y aurait pas de contrat. Quelques auteurs voient dans le dépôt nécessaire un quasi-contrat (8). J'aurai à revenir sur ce point.

Même en l'absence de contrat écrit, peuvent être considérés comme dépôts volontaires: le fait d'une servante qui quitte le service de son maître et laisse, en partant, sa valise dans la maison de ce dernier: *Chevalier* v. *Beausoleil* (13 L. N., 90); le fait d'un fermier qui prend des chevaux et autres bestiaux en pâturage: *Laplante* v. *Simoneau* (6 R. de J., 167).

II. Capacité des parties. — L'article 1800, premier alinéa, ajoute que "le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter."

Cependant il y a, à cet égard, à distinguer entre le déposant et le dépositaire.

La capacité d'administrer suffit chez le déposant. Ainsi le mineur émancipé, le tuteur du mineur non émancipé, le curateur de l'interdit peuvent faire un dépôt. Il en est de même de la femme séparée de biens.

Mais le dépôt fait par une personne incapable, comme tout contrat qui n'est pas frappé de nullité absolue, produit cet effet que le dépositaire est obligé de l'exécuter. "Néanmoins", dit le deuxième alinéa de l'article 1800, "si une personne capable de "contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle "est tenue de toutes les obligations d'un dépositaire, et pour "l'exécution de ces obligations elle peut être poursuivie par le tu-"teur ou autre administrateur de la personne qui a fait le dé-"pôt" (9).

C'est une nouvelle application du principe que l'incapacité des mineurs et des interdits est établie en leur faveur (art. 987).

---

(8) Voy. notamment Guillouard, n° 123.

(9) Le deuxième alinéa de l'art. 1923 C. N. est dans le même sens.

Donc les représentants de l'incapable peuvent opter en faveur du maintien ou de la nullité du contrat.

Au premier cas, tout se passe comme si le dépôt avait été fait entre personnes pleinement capables. Le déposant, ou son représentant, exigera quand il le voudra la restitution de la chose, sans être tenu de prouver qu'il en est propriétaire. Et le dépositaire jouit du droit de rétention tant que les dépenses ou dommages qu'il a droit de répéter du déposant n'ont pas été payés.

Si au contraire le déposant ou son représentant demande la nullité du dépôt, aucun contrat n'aura existé entre les parties. L'incapable pourra revendiquer la chose à la condition de prouver son droit de propriété, et le dépositaire réclamera le remboursement de ses impenses par voie de l'action *de in rem verso*, mais il n'aura aucun droit de rétention. On voit donc que le maintien du contrat est dans l'intérêt des deux parties (10).

Lorsque le dépôt est fait par une femme mariée commune en biens, sans l'autorisation de son mari, ou par un fou ou un enfant qui n'a pas atteint l'âge de connaissance, il n'y a aucun contrat. Partant, la seule action ouverte au déposant ou à ses représentants c'est l'action en revendication, et le dépositaire n'aura, pour ses impenses, que l'action *de in rem verso*.

Envisageant maintenant la personne du dépositaire, il faut observer que la capacité d'administrer ne suffit pas; il faut la capacité de s'obliger. Partant le dépôt accepté par une personne incapable ne l'engage pas, si ce n'est à faire restitution de la chose si elle la possède encore ou la valeur de cette chose jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit.

C'est ce que l'article 1801 décrète en ces termes:

"Si le dépôt a été fait à une personne incapable de contracter,

(10) Dans la cause de *McKercher* v. *Mercier* (12 L. N. 107; M. L. R., 4 C. S., 333), la mère d'un enfant mineur avait déposé une somme d'argent, stipulant que cet argent, propriété de l'enfant, ne serait remis à ce dernier qu'à sa majorité et à sa propre demande. La mère poursuivit le dépositaire pour la restitution du dépôt, mais il fut jugé que le mineur seul avait droit de demander la restitution de la somme déposée.

"la personne qui l'a fait a droit de revendiquer la chose déposée "tant qu'elle demeure entre les mains de la première, et ensuite, "elle a droit de demander la valeur de la chose jusqu'à concur- "rence de ce qui a tourné au profit du dépositaire" (11).

Cet article est la conséquence du principe posé par l'article 1011 qui dit que lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer, contre leurs contrats, le remboursement de ce qui a été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, n'en peut être exigé à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été ainsi payé a tourné à leur profit (12).

En d'autres termes, même les incapables ne peuvent s'enrichir aux dépens d'autrui. J'ai signalé l'inexactitude, quant à la femme mariée non autorisée, de l'expression "restituer contre leurs contrats" (voy. mon tome 5, p. 241, note (*b*)), car le contrat que la femme fait sans l'autorisation de son mari est inexistant, ce qui cependant n'empêche pas que la femme ne puisse s'enrichir aux dépens d'autrui.

Si la femme est commune en biens, il semble que la communauté sera tenue du remboursement jusqu'à concurrence de ce qu'elle profite de la chose déposée entre les mains de la femme (arg. art. 1296).

Bien entendu que s'il y a eu délit de la part de l'incapable, il sera tenu de la réparation s'il était *doli capax*. Dans le cas de la femme commune, on appliquera l'article 1294 aux termes duquel les condamnations pécuniaires encourues par la femme pour crime ou délit, ne peuvent s'exécuter que sur ses biens et après la dissolution de la communauté.

III. Preuve du dépôt. — Le code Napoléon a un article (l'art. 1923) qui porte que le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit, et non par témoins, sauf lorsqu'il s'agit d'une valeur

(11) C'est en substance la disposition de l'art. 1926 du code Napoléon.

(12) Voy., pour une autre application de ce principe, l'article 1146.

n'excédant pas cent cinquante francs. Nos codificateurs ont cru cette disposition inutile. En effet, l'article 1233 y pourvoit suffisamment, ne faisant exception que dans le cas de dépôt nécessaire ou de dépôts faits par les voyageurs dans une hôtellerie, et autres cas de même nature.

SECTION III. — DES OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE.

I. Garde de la chose. — L'article 1802, qui est de droit nouveau, dit que "le dépositaire doit apporter à la garde de la chose "déposée le soin d'un bon père de famille."

D'après l'article 1927 du code Napoléon, le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent, ce qui équivaut à dire qu'il doit y apporter les soins d'un bon père de famille. Et l'article 1928 applique cette règle avec plus de rigueur: 1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de fautes.

Le cas de la convention expresse ne peut faire aucune difficulté dans notre droit, car les parties peuvent stipuler ce qu'elles veulent à cet égard (13). Repassons les trois autres cas.

1° Le dépositaire s'est offert de lui-même pour recevoir le dépôt. Je ne vois pas pour quelle raison cette circonstance augmenterait sa responsabilité. Il en était autrement dans l'ancien droit, mais la règle de l'article 1802 est de droit nouveau et ne permet aucune distinction de ce genre.

2° Il a été stipulé un salaire pour la garde du dépôt. J'ai dit qu'alors le contrat est un louage de services. Et au demeurant je ne vois pas que le dépositaire soit tenu à plus qu'aux soins

---

(13) Voy. *Fry* v. *Quebec Harbour Commissioners* (R. J. Q., 5 B. R. 340; R. J. Q., 9 C. S. 14).

d'un bon père de famille, et c'est ce qu'on décide en France (Baudry-Lacantinerie, n° 1062).

3° Le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire. Le cas que donne Pothier c'est celui d'une personne qui, se proposant d'acheter un héritage, demande à un ami qui part pour un voyage, de lui prêter la somme nécessaire pour cette acquisition, au cas où l'achat se ferait. Cette somme lui est remise à titre de dépôt, avec la convention que si l'acquisition se fait, le dépôt se transformera en prêt. Il n'y a ici aucune raison d'exiger plus que les soins d'un bon père de famille.

On voit donc que l'article 1802 suffit pour régir tous les cas mentionnés ci-dessus, sauf, bien entendu, celui de la convention expresse. Nos codificateurs n'avaient donc pas besoin de reproduire l'article 1928.

Notre code omet également l'article 1929 du code français, qui porte que le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée. Cette disposition est inutile, car les règles qui exemptent le débiteur d'un corps certain de toute responsabilité, en cas de force majeure, sont énoncées d'une manière bien plus complète au titre *Des obligations*.

La jurisprudence contient plusieurs exemples de la responsabilité du dépositaire:

Le dépositaire est tenu d'assurer contre le feu les objets qu'il reçoit en dépôt; et, s'il ne le fait pas, il devient responsable de leur destruction: *Elliott* v. *Ryan*, (6 L. C. R., 89); *Goodchild* v. *Shaw* (5 R. L., 259). Cependant, la cour d'appel, dans un arrêt d'espèce, rendu dans la cause de *La compagnie de l'union des abattoirs de Montréal* v. *Leduc* (R. J. Q., 10 B. R., 289), a conclu à la non-responsabilité du dépositaire en cas d'incendie.

Dans le cas de vol ou de disparition de l'objet mis en dépôt, le dépositaire est responsable, à moins qu'il ne prouve d'une manière claire et satisfaisante que la restitution est devenue impossible sans son fait ou sa faute, qu'il a pris toutes les mesures de précaution nécessaires et qu'il a averti le propriétaire en temps opportun pour lui permettre de tenter le recouvrement des ef-

fets volés ou disparus: *Roche* v. *Fraser* (7 L. C. R., 472; 19 R. L., 270); *Canadian Pacific Railway Company* v. *Pellant* (R. J. Q., 1, B. R., 311; M. L. R., 7 S. C., 131; 14 L. N., 148); *Gravel* v. *Martin* (22 L. C. J., 272).

Un cultivateur qui prend un cheval en pacage n'est pas responsable, envers le propriétaire, de la perte de ce cheval qui aurait été blessé par d'autres chevaux, à moins qu'il y ait eu faute de sa part: *Lapointe* v. *Brière* (19 R. L., 270; 34, L. C. J., 179; M. L. R., 7 Q. B., 361); *Bélanger* v. *Quiner* (9 R. L., 530).

Si des marchandises vendues à la mesure, demeurent en la possession du vendeur, ce dernier devient dépositaire; et si les marchandises sont endommagées, par sa faute ou sa négligence, le vendeur n'a pas droit d'en recouvrer le prix: *Ross* v. *Hennan* (19 Supreme Court Reports, 227; M. L. R., 6 Q. B., 222; 19 R. L., 399).

Enfin, dans la cause de *Dignard et cie* v. *Chartrand* (R. J. Q., 33 C. S., 147), la cour de révision a jugé que le contrat de dépôt fait naître l'obligation par le dépositaire de ne pas détourner la chose ou la somme déposée de l'objet pour lequel le dépôt est fait; et que, par suite, le dépôt fait entre les mains du curateur à une faillite comme garantie que la liquidation donnera un dividende spécifié, ne peut être appliqué à autre chose sans le consentement du déposant, et, notamment, que le curateur ne peut en disposer comme s'il formait partie des biens du failli.

II. Obligation de ne point se servir de la chose. — Le dépositaire obligé de garder la chose, ne peut s'en servir. "Le dépositaire", dit l'article 1803, "ne peut se servir de la chose déposée "sans la permission de celui qui a fait le dépôt" (14).

C'est là une des différences entre le dépôt et le prêt à usage. Cependant la permission sans restriction de se servir de la chose

(14) L'article 1930 C. N. ne diffère de notre article qu'en ce qu'il fait suivre le mot "permission" des mots "expresse ou présumée", ce qui d'ailleurs s'entend, la permission pouvant être expresse ou tacite ou présumée. Ajoutons que Pothier (n° 35) parle du consentement présumé.

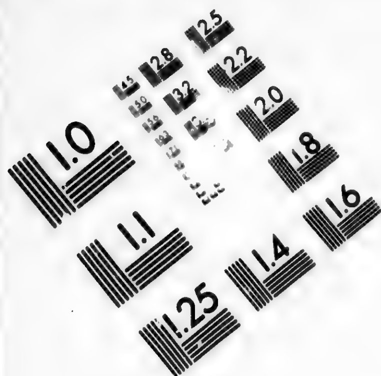
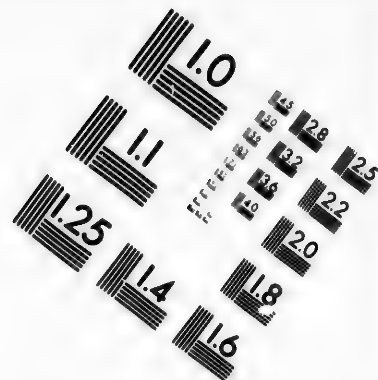
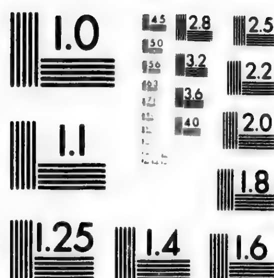
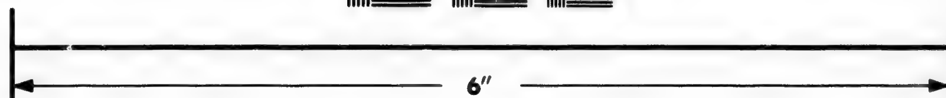
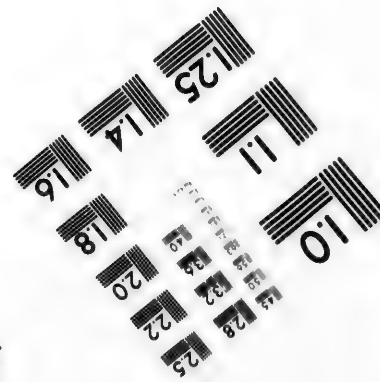
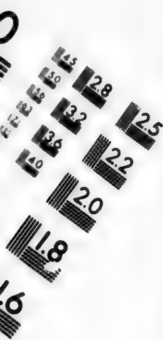
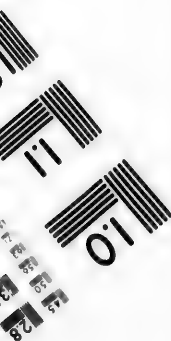



IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)


2.8
2.5
3.2
2.2
3.6
2.0
1.8


1.1
1.0

déposée ne transformera pas nécessairement le contrat en un prêt à usage. Car il se peut que l'usage soit permis pour récompenser le déposant de ses soins ou même dans l'intérêt du déposant.

Dans quels cas le consentement du déposant sera-t-il présumé? Pothier (nº 37) dit qu'il se présume plus facilement pour les choses qui ne se détériorent pas par l'usage que pour celles qui se détériorent, et il faut que le dépositaire ait un juste sujet de croire que le déposant lui aurait permis de se servir de la chose. Pothier cite le cas d'un savant qui, ne pouvant placer ses livres chez lui, les dépose chez un de ses amis, et le cas du dépôt d'un chien de chasse, l'usage du chien ne pouvant être que très avantageux pour son propriétaire. Lorsque la chose se détruit par l'usage, Pothier exige un consentement formel.

Si le dépositaire se sert de la chose déposée sans la permission du déposant, il répondra des dommages-intérêts que celui-ci en éprouve, et notamment du cas fortuit qui a détruit la chose, pendant qu'il s'en servait, à moins qu'il ne fasse voir qu'elle eût également péri s'il ne s'en était pas servi.

Le code Napoléon contient un article (l'art. 1931) que notre code n'a point reproduit, bien qu'il ait été emprunté de Pothier (nº 38). Aux termes de cette disposition, le dépositaire ne doit pas chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre ou sous une enveloppe cachetée. Je crois que le principe affirmé ici ne souffre pas de difficulté, car le dépositaire violerait ainsi la confiance qu'on lui a témoignée. Les codificateurs disent qu'ils n'ont pas voulu poser ici une règle de droit rigoureuse, tout en reconnaissant que, d'après l'obligation générale imposée au dépositaire, il serait passible de dommages-intérêts si l'abus de confiance occasionnait un préjudice appréciable en argent.

III. Obligation de restituer la chose. — Cette obligation est la principale obligation du dépositaire, et c'est la chose même qu'il doit rendre. "Le dépositaire", dit le premier alinéa de l'article 1804, "doit rendre identiquement la chose qu'il a reçue

en dépôt." L'article 1932 du code Napoléon, qui contient la même disposition, ajoute, par voie d'exemple, que le dépôt de sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur. Notre code ne reproduit pas cet exemple, l'indication de la règle suffisant.

Quand une somme d'argent est l'objet du dépôt, il peut être convenu que le dépositaire rendra les espèces mêmes qui lui ont été confiées ou des espèces semblables. Au premier cas il y a dépôt régulier. Au second cas il y a ce qu'on est convenu d'appeler le dépôt irrégulier (15).

Il est assez difficile de distinguer le dépôt irrégulier du prêt de consommation. D'après Pothier (n° 83), la différence entre les deux contrats procède uniquement de la différence de la fin que se sont proposée les parties. Le prêt de consommation se fait en faveur de l'emprunteur qui compte employer la somme empruntée pour ses besoins ou pour des fins de spéculation. Le dépôt irrégulier se fait dans l'intérêt du déposant qui veut se décharger du soin de la somme de l'argent et qui ne se soucie pas qu'on lui rende les pièces mêmes. Pothier indique une autre différence, c'est que dans le prêt de consommation, même en l'absence de stipulation d'un terme, le prêteur ne peut immédiatement exiger la restitution de la somme prêtée tandis qu'il le peut dans le dépôt irrégulier. Ce dernier criterium n'est pas bien satisfaisant, car certains prêts sont remboursables à demande.

La cour d'appel (16) a jugé que le dépôt qui se fait aux banques est un véritable prêt. On décide la même chose en France (17).

Pour revenir à l'obligation du dépositaire, dans le dépôt régulier, de rendre identiquement la chose qu'il a reçue, il va sans dire que cette obligation s'éteint lorsque la chose a été détruite par cas fortuit, sans que le dépositaire ait été en demeure de la

---

(15) Pothier (n° 82) se sert de cette expression.

(16) *Vanier* v. *Kent*, R. J. Q., 11 B. R., 373.

(17) Baudry-Lacantinerie, n° 1097.

rendre. Cependant, le deuxième alinéa de l'article 1804 ajoute que "si la chose lui a été enlevée par force majeure et s'il a reçu "quelque chose à la place, il doit rendre ce qu'il a ainsi reçu en "échange" (18).

Ainsi, un cheval a été confié à un dépositaire, et l'autorité publique, en cas de guerre par exemple, s'est emparé de ce cheval par voie de réquisition. Dans ce cas le dépositaire se libérera envers le déposant en lui remettant la somme qui lui a été payée. Il va sans dire que lorsqu'un tiers s'est emparé de la chose déposée, le déposant aura l'action en revendication, et cette action lui sera ouverte même contre l'acheteur de la chose dans les conditions prescrites par l'article 2268.

Il résulte de ce qui précède que le dépositaire n'est tenu de rendre la chose que dans l'état où elle se trouve lors de la restitution et qu'il ne répond pas des détériorations qui ne sont pas survenues par sa faute. C'est ce que l'article 1805, copie en substance de l'article 1933 du code Napoléon, décrète en ces termes:

1805. "Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée, "ou ce qui en reste, que dans l'état où elle se trouve au moment "de la restitution; les détériorations qui ne sont pas survenues "par son fait sont à la charge de celui qui a fait le dépôt" (19).

D'après les principes généraux le dépositaire répondra des détériorations survenues depuis le moment où il s'est trouvé en demeure de faire la restitution, à moins qu'il ne prouve que la chose se serait également détériorée aux mains du déposant.

Comme conséquence du principe que le dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose, l'article 1807 lui impose l'obligation de rendre les fruits qu'il a perçus et, si la chose déposée est une somme de deniers, d'en payer les intérêts depuis sa mise en demeure. Cette disposition se lit comme suit:

1807. "Le dépositaire est tenu de restituer les fruits qu'il a "perçus de la chose déposée.

---

(18) L'art. 1934 C. N. contient une disposition semblable.

(19) Une compagnie de chemin de fer n'est pas responsable de la perte d'une valise due à l'incendie de la gare où elle avait été laissée par un voyageur, sans arrangement préalable avec la compagnie : *Hogan* v. *The Grand Trunk Railway Co.* (2 Q. L. R. 142).

"Il n'est tenu de payer l'intérêt sur les deniers déposés que "lorsqu'il est en demeure de les restituer."

Notre article reproduit en substance la disposition de l'article 1936 du code français. Posant une règle générale, l'article 1807 comprend tous les fruits que la chose a produits.

L'article 1806 pourvoit à un cas spécial. Il suppose que l'héritier du dépositaire a vendu de bonne foi la chose déposée. Dans ce cas, il n'est tenu que de restituer le prix qu'il a reçu ou de céder sa créance contre l'acquéreur si le prix n'a pas été payé. Voici du reste les termes mêmes de cette disposition:

1806. "L'héritier ou autre représentant légal du dépositaire, "qui vend de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est "tenu de rendre que le prix qu'il a reçu, ou de céder son droit "contre l'acheteur si le prix n'a pas été payé."

C'est l'équité qui a dicté cette disposition. L'héritier du dépositaire est complètement libéré en remettant le prix de vente au déposant, ou en cédant son action contre l'acquéreur, et cette cession est nécessaire car sans elle le déposant n'aurait pas d'action.

Mais le déposant ne peut-il pas revendiquer la chose contre l'acquéreur en opposant la nullité de la vente qui a été réellement une vente de la chose d'autrui? On enseigne en France qu'il le pourrait sans la règle *en fait de meubles possession vaut titre* (20). J'ai déjà dit à plusieurs reprises que cette règle ne s'applique pas dans notre droit comme dans le droit français moderne (21), et je crois qu'à moins que la vente n'ait été faite dans un des cas où la vente mobilière de la chose d'autrui est valide (art. 1488, 1489, 1490), la revendication sera admise.

Si l'héritier a de bonne foi consommé la chose, on enseigne qu'il en doit la valeur au moment où il l'a consommée, à moins que la valeur n'en ait baissé depuis, auquel cas il se libèrera en offrant la valeur de la chose au moment où la restitution lui en est demandée. Il ne devrait pas une indemnité additionnelle au cas d'augmentation de la valeur, car il ne s'est enrichi que de la valeur qu'avait la chose au moment où il l'a consommée.

---

(20) Baudry-Lacantinerie, n° 1121.

(21) Voy. notamment mon tome 7, p. 56.

Si l'héritier a donné la chose ou décide qu'il ne doit aucune indemnité, et cela paraît logique en vue de la disposition de l'article 1806, sauf le cas où en donnant la chose déposée il s'est exempté de donner sa propre chose (22). Mais, bien entendu, le déposant aura l'action en revendication contre le donataire.

Le dépositaire ayant contracté avec le déposant, c'est à celui-ci qu'il doit remettre la chose déposée. Et l'article 1808, copie de l'article 1938, alinéa 1, du code Napoléon, ajoute que "le dépositaire ne peut pas exiger de la personne qui a fait le dépôt la "preuve qu'elle est propriétaire de la chose déposée (23). Il en résulte que le dépositaire est valablement déchargé de toute responsabilité, même à l'égard du véritable propriétaire, en remettant la chose à celui qui la lui a déposée (24).

D'après le deuxième alinéa de l'article 1938 du code français, si le déposant découvre que la chose a été volée et quel en est le véritable propriétaire, il doit lui dénoncer le dépôt avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si le propriétaire néglige de réclamer la chose, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu.

Nos codificateurs n'ont pas reproduit cette disposition, tout en reconnaissant qu'elle est tirée du droit romain et soutenue par Pothier. Ils ne voient, disent-ils, "aucune raison particulière de "choisir, entre toutes les personnes qui peuvent avoir en mains "des biens sujets à restitution, le dépositaire pour lui imposer "une règle spéciale qui est tout à fait en dehors des obligations "du contrat de dépôt. Cette règle devrait être générale pour "toutes les personnes chargées de remettre des biens, ou être re- "jetée entièrement. Les Commissaires ont en conséquence jugé "à propos de ne pas insérer de disposition à cet égard dans l'ar- "ticle soumis."

---

(22) Toutes les solutions sont enseignées par Baudry-Lacantinerie, n°s 1122 et suiv.

(23) Il peut, bien entendu, refuser cette restitution s'il est lui-même propriétaire de la chose déposée: art. 1811.

(24) Voy. *Tourigny* v. *Bouchard* (4 Q. L. R. 243).

Mais voici une difficulté. Aux termes de l'article 399 (art. 314 de l'ancien texte) du code criminel dont il suffira de donner la substance, est coupable de recel toute personne qui recèle ou garde en sa possession une chose volée sachant que cette chose a été volée.

Or, si le dépositaire, de bonne foi lors du dépôt, apprend que le déposant a volé la chose qu'il a déposée entre ses mains, ne se rend-il pas coupable de recel en gardant cette chose, bien plus en remettant cette chose au déposant qui la lui réclame? En d'autres termes, s'il ne peut en principe exiger que le déposant prouve qu'il est propriétaire de la chose déposée, ne peut-il pas, bien plus, ne doit-il pas lui opposer comme fin de non-recevoir le vol qu'il a commis, et dont il a la preuve certaine?

Cette solution me paraît s'imposer, et je ne conçois pas qu'un tribunal se rende complice du vol en permettant au voleur de forcer le dépositaire à lui remettre l'objet volé. Je crois aussi, bien que le code civil ne lui en impose pas l'obligation, que le dépositaire qui apprend le vol fera bien de mettre le propriétaire au courant du dépôt.

Une autre disposition du code Napoléon que notre code a omise, c'est celle de l'article 1939 qui porte qu'en cas de décès de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier; que si le déposant laisse plusieurs héritiers, elle doit être rendue à chacun d'eux pour leur part et portion; enfin que si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s'entendre entre eux pour la recevoir.

A la rigueur cette disposition n'était pas nécessaire. Il va sans dire qu'au décès du déposant, son héritier qui le représente a seul qualité pour réclamer la restitution du dépôt et à en donner quittance au dépositaire. S'il y a plusieurs héritiers, la chose se divise entre eux si elle est divisible. Si elle est indivisible — et il s'agit de l'indivisibilité matérielle — l'accord entre les héritiers, quant à celui qui doit recevoir le dépôt, permettra au dépositaire de se décharger valablement en remettant la chose déposée à la personne désignée. Si tel accord n'existe pas, il semble qu'il n'y a qu'à attendre le résultat du partage qui attribuera la chose déposée à l'un des héritiers ou en ordonnera la licitation.

Lorsque le déposant devient, ou se trouve lors du dépôt, incapable de recevoir la chose, elle doit être remise à son représentant. Le code Napoléon a sur ce sujet une disposition (l'art. 1940) que notre code n'a pas reproduite. De même si le dépôt a été fait par ou au nom d'un incapable, devenu depuis en possession ou jouissance de ses droits, c'est à celui-ci que la restitution doit se faire (25). Toutes ces solutions sont d'évidence.

Une difficulté reste à résoudre. Il peut être convenu entre le déposant et le dépositaire que celui-ci remettra la chose à un tiers. Si ce tiers est un mandataire, et non pas le propriétaire de la chose déposée, le mandat consenti uniquement dans l'intérêt du déposant, peut être révoqué. Et la mort du mandant, d'après les principes généraux, mettra fin à ce mandat. Ceci est sans difficulté s'il y a simple mandat. Mais si le mandat renferme une donation, il faut se demander s'il y a eu donation de biens présents, et alors le donateur a bien pu stipuler que la remise de la chose ne se ferait qu'après sa mort, et pour peu que le donataire ait accepté cette donation du vivant du donateur, il peut réclamer la restitution du dépôt. Si, au contraire, la donation est à cause de mort et qu'elle ne soit pas faite par contrat de mariage, elle est nulle et la restitution doit se faire aux héritiers du déposant.

Il reste deux points à examiner, le temps et l'endroit de la restitution.

Quant au temps, l'article 1810 porte que "le dépositaire est "tenu de remettre la chose au propriétaire aussitôt que ce dernier "la réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déter-"miné pour la restitution; à moins qu'il n'en soit empêché par "une saisie-arrêt, opposition ou autre empêchement légal, ou "qu'il n'ait un droit de rétention sur la chose, tel que spécifié en "l'article 1812" (26).

---

(25) Nos codificateurs ont omis l'article 1941 C. N. qui le déclare.

(26) L'article 1944 C. N. est semblable, sauf qu'il ne mentionne pas le cas où le dépositaire a un droit de rétention; mais la doctrine supplée à cette omission. Remarquons que la version française de notre article dit que le dépositaire est tenu de remettre la chose au

La raison d'être de cet article, c'est que le dépôt étant fait dans l'intérêt du déposant, le dépositaire n'a pas intérêt à retenir la chose dont il ne peut se servir et qui partant ne peut lui être d'aucune utilité. Mais on applique cette solution même lorsque le dépositaire a le droit de se servir de la chose déposée. On l'applique également au dépôt irrégulier.

Cependant il me semble que la restitution pourrait être différée par une clause expresse insérée dans le contrat, dans l'intérêt du dépositaire, et pour lui éviter les ennuis d'une restitution immédiate et intempestive. Tout l'effet de l'article 1810 me paraît être que la seule stipulation d'un délai pour la restitution ne justifierait pas le dépositaire à refuser de remettre la chose au déposant avant l'expiration de ce délai. Mais cet article ne contient pas une disposition d'ordre public et les parties peuvent y déroger, à la condition toutefois que leur volonté à cet égard ne soit pas douteuse (27).

L'article 1810 est édicté dans l'intérêt du déposant; il ne justifierait pas le dépositaire à forcer le déposant à recevoir la chose avant l'expiration du terme. Si aucun terme n'a été fixé, il semblerait raisonnable de décider que le dépositaire n'est pas obligé de garder indéfiniment la chose qu'on lui a confiée, mais que le juge peut fixer le terme de la restitution d'après les circonstances (28).

Voilà pour le temps de la restitution. L'article 1809 se rapporte à l'endroit où cette restitution doit se faire. Il se lit comme suit:

1809. "La restitution de la chose déposée doit être faite au "lieu convenu et les frais pour l'y transporter sont à la charge de "celui qui a fait le dépôt.

---

propriétaire, alors que la version anglaise dit qu'il est obligé de la remettre au *déposant*.

(27) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 1154.

(28) Le même auteur, n° 1157. On pourrait peut-être tirer argument, par voie d'analogie, de la disposition de l'art. 1783.

"S'il n'y a pas de lieu convenu pour la restitution, elle doit se "faire au lieu où se trouve la chose" (29).

La seule observation à faire sur cette disposition, c'est que le dépositaire ne peut rendre l'obligation du déposant plus onéreuse en transportant arbitrairement dans un autre lieu la chose déposée (30).

Enfin il suffit de citer l'article 1811 qui dit que "toutes les "obligations du dépositaire cessent s'il établit qu'il est lui-même "propriétaire de la chose déposée" (31). Cette disposition paraît inutile tant elle est d'évidence.

Section IV. — Des obligations du déposant.

J'ai dit qu'en principe — le contrat de dépôt étant unilatéral — le dépositaire seul s'oblige, mais que le déposant pouvait se trouver obligé envers le dépositaire accidentellement ou à raison de faits subséquents au dépôt. Le code (art. 1812) n'indique qu'une obligation du déposant, celle d'indemniser le dépositaire des dépenses que le dépôt lui a occasionnées. Cet article se lit comme suit :

1812. "Celui qui a fait le dépôt est tenu de rembourser au dé-"positaire les dépenses faites par ce dernier pour la conservation "et le soin de la chose, et de l'indemniser de toutes les pertes que "le dépôt peut lui avoir occasionnées.

"Le dépositaire a droit de retenir la chose jusqu'à tel rem-"boursement" (32).

---

(29) Cet article correspond aux articles 1942 et 1943 du code Napoléon. Son deuxième alinéa diffère cependant de l'article 1943 en ce que ce dernier article, en l'absence d'indication du lieu de la restitution, dit que cette restitution doit se faire dans le lieu même du dépôt. Mais on interprète cette disposition comme voulant dire l'endroit où la chose se trouve.

(30) Baudry-Lacantinerie, n° 1159.

(31) C'est en substance la reproduction de l'article 1946 C. N.

(32) Le code reproduit ici en un seul article les dispositions des articles 1947 et 1948 du code français. Remarquons toutefois que l'art. 1947 C. N. ne parle pas des dépenses encourues pour le soin de la chose.

Il s'agit ici bien entendu des impenses nécessaires. Ce n'est pas à dire que le dépositaire qui a fait des impenses utiles ne puisse les réclamer, mais il ne pourrait le faire que dans la mesure de la plus-value qui en est résultée.

Le dépositaire peut-il, comme le mandataire, réclamer les intérêts sur ses dépenses du moment qu'ils les a faites, ou seulement à compter de la mise en demeure? Il paraît difficile d'étendre au dépositaire la faveur exceptionnelle que l'article 1724 accorde au mandataire, car de droit commun les intérêts ne sont dus qu'à compter de la mise en demeure (art. 1077). Les auteurs qui enseignent que la raison pour laquelle le dépositaire peut réclamer ses dépenses nécessaires, c'est que le déposant est censé lui avoir donné mandat de les faire, n'éprouvent aucune difficulté à l'assimiler au mandataire qui a le droit de changer l'intérêt à compter de ses avances. Mais cette donnée est risquée, car on présume l'existence d'un contrat que rien ne démontre. Je crois, malgré que cette solution soit rigoureuse à l'épard du dépositaire qui rend un service gratuit, que l'on ne peut lui étendre la disposition exceptionnelle de l'article 1724 (33).

Le déposant est également tenu d'indemniser le dépositaire des pertes que le dépôt lui a occasionnées. Ainsi, le déposant d'un cheval atteint d'une maladie contagieuse qui s'est communiquée aux chevaux du dépositaire répondra des dommages que celui-ci en éprouve.

Faut-il que le déposant ait connu les vices de la chose pour qu'il soit responsable des dommages? L'article 1776 exige cette connaissance dans le cas du prêt, tandis que notre article n'en fait pas une condition du recours du dépositaire contre le déposant. Il semble, en vue de cette disposition, qu'il n'y a pas place à distinction.

On enseigne que, lorsque plusieurs personnes ont fait un dépôt,

---

(33) L'art. 1077 dit que les intérêts ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans les cas où la loi les fait courir plus tôt à raison de la nature même de l'obligation. Il semble difficile, en vue de cette disposition, de suppléer au manque, dans le titre *Du Dépôt*, d'une disposition expresse analogue à l'article 1724.

il n'y a pas solidarité entre les déposants (34). Il faudrait cependant admettre la solidarité lorsqu'il y a eu faute commune chez les déposants (art. 1106).

Le droit de retention que l'article 1812 accorde au dépositaire ne peut être exercé par lui que pour les créances que cet article mentionne. Ainsi, il ne pourrait retenir la chose jusqu'au remboursement d'une dette que lui devrait le déposant et qui ne serait pas née à l'occasion du dépôt. Le droit de retention, bien entendu, peut être opposé aux créanciers du déposant comme au déposant lui-même. Mais il y a controverse sur la question de savoir si le dépositaire peut retenir la chose jusqu'au remboursement de ses impenses, même à l'encontre du véritable propriétaire, lorsque le dépôt a été fait par un tiers. L'affirmative est enseignée par bon nombre d'auteurs et contestée par M. Baudry-Lacantinière (35). Elle me paraît fondée en raison.

Ajoutons que la créance du dépositaire est privilégiée (art. 2001).

Section V. — Du dépot nécessaire

I. Définition. — En définissant le dépôt volontaire, j'ai signalé le point essentiel — la liberté de choix chez le déposant — par lequel il se distingue du dépôt nécessaire. L'article 1813 définit en ces termes le dépôt nécessaire:

1813. "Le dépôt nécessaire est celui qui a lieu par une nécessité imprévue et pressante provenant d'un accident ou de force majeure, comme dans le cas d'incendie, naufrage, pillage ou autre calamité soudaine. Il est d'ailleurs sujet aux mêmes règles que le dépôt volontaire, sauf quant au mode de le prouver" (36).

---

(34) Baudry-Lacantinerie, n° 1174.

(35) N° 1177.

(36) Cet article correspond aux art. 1949, 1950 et 1951 du code Napoléon.

Une compagnie de navires transatlantiques, qui, après l'arrivée du vaisseau au port, consent à mettre dans ses hangers les effets d'un

J'ai dit (*supra, p.* 146) que le consentement est requis pour le dépôt nécessaire comme pour le dépôt volontaire, car sans cela il n'y aurait aucun contrat. Mais, dans le dépôt nécessaire, le choix du dépositaire est imposé par les circonstances, et c'est en cela que le dépôt nécessaire se distingue du dépôt volontaire.

Il en diffère également, dit l'article 1813, quant au mode de le prouver. En effet, le dépôt nécessaire se prouve par témoins (art. 1233) ; le dépôt volontaire, par écrit ou par le serment de la partie adverse, lorsqu'il s'agit d'une valeur de plus de cinquante dollars, sauf à pouvoir en faire la preuve par témoins en matière commerciale, ou lorsqu'on en a un commencement de preuve par écrit. La raison de la distinction est évidente, le déposant, dans les cas prévus par l'article 1813, n'ayant pas le temps le plus souvent de se procurer une preuve par écrit.

II. Du dépôt d'hôtellerie. — Notre code assimile au dépôt nécessaire, le dépôt fait dans une hôtellerie. On se défiait beaucoup des aubergistes dans l'ancien droit, et comme on s'adressait à eux par nécessité, et qu'il n'était pas d'usage d'en prendre des reçus, on fit, en faveur des voyageurs, exception aux règles ordinaires de la preuve (37). Le droit moderne est donc dans le sens de la tradition en décrétant que le dépôt chez un hôtelier ou maître de pension est un dépôt nécessaire. L'article 1814, qui reproduit en substance l'article 1952 du code Napoléon, contient à cet égard la disposition suivante:

---

voyageur jusqu'après leur examen par les officiers de la douane, en demeure responsable comme dépositaire nécessaire: *Davidson* v. *Canada Shipping Co.* (R. J. Q., 1 B. R., 298; M. L. R., 6 S. C., 388).

(37) Cette exception n'était pas, dans l'ancien droit, aussi absolue qu'elle paraît l'être sous notre code (art. 1233, 4o). En effet, l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 4), après avoir déclaré qu'on pourrait prouver par témoins un dépôt dans une hôtellerie, ajoutait: "le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait", mots qui ont été textuellement reproduits, par l'art. 1348, 3°, du code Napoléon. Cette restriction, au dire de Pothier (*Dépôt*, n° 80), avait pour but d'empêcher les filous de recourir au témoignage de complices pour prouver un prétendu dépôt dans une hôtellerie. Notre code

1814. "Ceux qui tiennent auberge, maison de pension et hô-"tellerie, sont responsables, comme dépositaires, des effets appor-"tés par les voyageurs qui logent chez eux.

"Le dépôt de ces effets est regardé comme un dépôt nécessaire."

Il importe maintenant de préciser la portée de cet article.

Et d'abord les personnes responsables du dépôt, ce sont celles qui tiennent auberge, maison de pension ou hôtellerie. L'article 1814 ne s'appliquerait pas à celui qui, accidentellement, recevrait chez elle une personne quelconque. Il s'agit ici des personnes qui font profession de recevoir les voyageurs, ne fût-ce que momentanément (38). D'ailleurs peu importe que le voyageur prenne ou non ses repas chez la personne avec qui il loge.

Les personnes qui peuvent réclamer le bénéfice de l'article 1814, ce sont les voyageurs. Et par voyageur, il faut entendre tous ceux qui logent ailleurs que chez eux.

Le mot "effets" est très général. Il comprend tous les objets que le voyageur transporte avec lui, et même les bijoux et les titres au porteur. D'ailleurs l'article 1815 explique l'étendue de la responsabilité des aubergistes et les restrictions qu'elle comporte. Je cite cet article tel qu'il a été modifié par la législation subséquente au code.

1815. "Les personnes mentionnées dans l'article précédent "sont responsables du vol ou dommage des effets de leurs hôtes "par leurs domestiques ou agents, ou par des étrangers allant et "venant dans la maison, mais ils ne sont pas tenus d'indemniser "leurs hôtes du vol ou des dommages des biens ou effets apportés, "autres que des chevaux ou autres animaux vivants et leurs har-"nais ou voitures, pour une somme plus considérable que celle "de deux cents piastres, excepté dans les cas suivants:

"1° Dans le cas où ces biens ou effets ont été volés, ou endom-"magés par leur volonté, leur faute ou leur négligence ou par "celles de tout serviteur à leur emploi;

---

n'a pas reproduit cette restriction, mais rien n'empêche le juge, dans l'appréciation de la preuve faite, d'avoir égard à la qualité des personnes et aux circonstances du fait.

(38) Baudry-Lacantinerie, n° 1239.

"2° Dans le cas où ces biens ou effets ont été confiés expressé-"ment à leur garde;

"Pourvu toutefois que, dans le cas de ce dépôt, ces personnes "puissent, si elles le jugent à propos, poser comme condition de "leur responsabilité, que ces biens ou effets seront déposés dans "une boîte ou autre réceptacle fermé et scellé par les personnes "qui les y ont déposés.

"Si ces personnes refusent de mettre en sûreté des biens ou ef-"fets appartenant à leurs hôtes, ou si ces hôtes, par la faute de "ces personnes, sont incapables d'ainsi déposer ces biens ou ef-"fets, elles n'ont pas droit de bénéficier du présent article quant "à ce qui concerne ces biens ou effets.

"Ces personnes doivent faire afficher en vue, dans les bureaux, "les salles publiques, et les chambres à coucher de leurs établisse-"ments une copie du présent article imprimée en caractère lisi-"ble; et elles ne peuvent bénéficier de ces dispositions que pour les "biens ou effets apportés à leurs établissements pendant que telle "copie est ainsi affichée.

"Ces personnes ne sont pas responsables de vols commis avec "force armée ou de dommages résultant de force majeure.

"Elles ne sont pas non plus responsables s'il est prouvé que la "perte ou le dommage est causé par un étranger, et est arrivé par "la négligence ou l'incurie de la personne qui en réclame le mon-"tant."

Dans sa première rédaction, l'article 1815 rendait les hôteliers responsables des dommages causés par leurs domestiques ou agents ou par des étrangers allant et venant dans la maison, sauf le cas de force majeure ou de vols avec force armée, et sauf aussi celui de la négligence ou incurie du voyageur, lorsque le dommage était causé par un étranger (39). Le législateur est depuis venu au secours de l'hôtelier en mitigeant cette responsabilité.

Cette responsabilité a également été mitigée en France par la

(39) En cela, notre article était conforme aux articles 1953 et 1954 du code Napoléon, sauf que ces dispositions ne contiennent as le tempérament quant à la négligence ou incurie du voyageur, mais ce tempérament est admis par la doctrine.

loi du 18 avril 1889, qui la limite à mille francs pour les espèces monnayées et les valeurs ou titres au porteur de toute nature non déposés réellement entre les mains des aubergistes ou hôteliers.

La loi, j'ai eu l'occasion de le faire remarquer ailleurs, assimile les hôteliers, aubergistes et maîtres de pension aux voituriers. L'article 1816, qui mitige encore leur responsabilité, en a une disposition expresse qui se lit comme suit:

1816. "Les règles contenues en l'article 1677, sujettes aux dis-"positions de l'article précédent, s'appliquent également à la res-"ponsabilité des personnes qui tiennent auberge, maison de pen-"sion et hôtellerie, ainsi qu'au serment à déférer" (40).

Il faut donc, dans le cas des hôteliers et autres personnes dont il s'agit ici, dire qu'ils ne répondent pas des sommes considérables en deniers, billets ou autres valeurs, ni de l'or, de l'argent, des pierres précieuses et autres articles d'une valeur extraordinaire contenues dans des paquets, à moins qu'on ne leur ait déclaré que le paquet contenait tel argent ou autre objet. Toutefois cette règle ne s'applique pas au bagage personnel des voyageurs, lorsque la somme ou les effets perdus sont d'une valeur modérée et convenable à la condition du voyageur. L'article 1667, dont j'ai donné la substance, ajoute que le voyageur doit être pris à son serment sur la valeur des choses composant tel bagage. Cependant, cette disposition n'est pas nécessaire, la preuve testimoniale étant admissible ici, et le demandeur pouvant maintenant témoigner en sa faveur.

Il est évident, comme le dit du reste l'article 1816, que la disposition de cet article est subordonnée à la règle de l'article 1815.

Avant de citer notre jurisprudence canadienne, il serait peut-être utile de rapporter quelques solutions intéressantes de la jurisprudence française à l'égard du dépôt d'hôtellerie.

Ainsi, on décide que nos articles ne s'appliquent pas au dépôt fait chez un restaurateur, dans le vestiaire d'un théâtre ou dans un établissement de bains (41).

---

(40) Dans sa première rédaction cet article ne contenait pas les mots "sujettes aux dispositions de l'article précédent".

(41) Baudry-Lacantinerie, nos 1242 et suiv. Il faut ajouter qu'il y a controverse sur ces points.

La question des wagons-lits est souvent venue devant les tribunaux français. On y décide que la compagnie de wagons-lits qui fournit un lit aux voyageurs, et quelquefois même des repas, ne doit pas être regardée comme un hôtelier mais comme un voiturier, partant que cette compagnie n'est pas responsable de la perte d'objets que le voyageur transporte avec lui, à moins qu'une faute ne soit mise à sa charge (42). Je rapporterai plus loin une décision (*Pullman Palace Car Co.* v. *Sise*), où le premier juge avait opiné dans le sens contraire (43), mais son jugement fut confirmé par la cour d'appel (44) pour le motif que la faute de la compagnie était démontrée. Deux des juges de ce dernier tribunal étaient d'avis que l'on ne pouvait assimiler la compagnie à un hôtelier, et les autres juges ne se sont pas prononcés sur ce point.

Maintenant à qui incombe la preuve en cette matière? Il est évident que le voyageur doit prouver le dépôt qui est la base de son action. De même c'est à l'hôtelier à établir la faute du voyageur lorsqu'il veut bénéficier de l'exception de l'article 1815. S'il démontre qu'il y a eu faute du voyageur, est-ce à celui-ci à prouver que le vol a été commis par un des préposés de l'hôtelier? M. Baudry-Lacantinerie (n° 1218) opine pour l'affirmative. Je doute que cette solution soit adoptée dans notre droit, car le texte du dernier alinéa de l'article 1815 démontre que l'hôtelier, pour échapper à la responsabilité, doit prouver deux choses: 1° que la perte ou le dommage est causé par un étranger; 2° que cette perte ou ce dommage est arrivé par la négligence ou l'incurie de la personne qui en réclame le montant (45).

---

(42) Voy. Sirey, 1896. 1. 165, et Baudry-Lacantinerie, n° 1246, texte et notes. La responsabilité de la compagnie quant aux effets que le voyageur lui confie, n'est pas douteuse. Notre article 1672, de même que l'art. 1782 C. N., assimilant le voiturier à l'aubergiste.

(43) R. J. Q., 1 C. S., 9.

(44) Voy. R. J. Q., 3 B. R., 258.

(45) Il n'y a pas un texte semblable dans le code français, et ce n'est que par voie d'interprétation de l'art. 1953 C. N., qu'on en est arrivé à exempter l'hôtelier du dommage causé par un étranger par suite de l'imprudence du voyageur.

On décide du reste en France que le voyageur ne commet pas une imprudence en laissant ses effets dans une malle non fermée à clef, ou sur des meubles ou des patères, puisque l'aubergiste est responsable dans le cas même où le voyageur n'a pas de malles (46).

Notre jurisprudence comprend plusieurs arrêts d'espèce sur ces questions; je ne citerai que les principaux.

L'hôtelier n'est pas responsable de la perte d'une valise laissée par faveur en dedans d'un comptoir, si le voyageur quitte immédiatement l'hôtel sans y loger: *Holmes* v. *Moore* (17 L. C. R., 143); *Bernard* v. *Lalande* (8 L. N. 215).

L'hôtelier, à qui des effets sont confiés par un voyageur, ne répond pas de la perte de ces effets dans un incendie: *McElwaine* v. *The Balmoral Hotel Co.* (35 L. C. J., 111; M. L. R., 7 S. C., 139; 14 L. N., 148).

Les hôteliers sont responsables de la disparition des effets mis en dépôt chez eux, soit par vol, soit autrement, à moins qu'ils ne puissent prouver que le vol a été commis par un étranger et qu'il y a eu négligence de la part du propriétaire des effets: *Falconer* v. *Paterson* (R. J. Q., 2 C. S., 443); *Lavallée* v. *Walker* (R. J. Q., 6 C. S., 27); *Bourgouin* v. *Hogan* (20 L. C. R., 424); *Geriken* v. *Grannis* (21 L. C. J., 265; 1 L. N., 204; 19 R. L., 24).

Dans la cause de *Pullman Palace Car Co.* v. *Sise* (R. J. Q., 3 B. R., 258), la cour d'appel a confirmé le dispositif du jugement du juge Tait (R. J. Q., 1 C. S., 9), décidant que lorsque le préposé d'une compagnie de chars-dortoirs reçoit la valise d'un voyageur, et après l'avoir déposée dans un compartiment loué par le voyageur, ne ferme pas la porte de ce compartiment à clef, la compagnie est responsable de la perte de la valise. Il a été question de cette cause plus haut.

---

(46) Baudry-Lacantinerie, n° 1214.

SECTION VI. — DU DROIT DE RÉTENTION DES AUBERGISTES SUR LES EFFETS DE LEURS HOTES (47).

Le législateur place ici des dispositions qui auraient dû se trouver au titre *Du nantissement*. Il les a peut-être regardées comme étant la contre-partie des règles rigoureuses qui régissent la responsabilité des aubergistes. Il suffira de citer l'article 1816*a* qui est en ces termes:

1816*a*. "Les personnes tenant un hôtel, une auberge, une ta-"verne, une maison d'entretien public ou autre place de rafraî-"chissement, et le maître de maison de pension ou de logement, "ont un droit de rétention sur les bagages et la propriété de leurs "hôtes ou pensionnaires, ou des personnes qu'elles logent pour "la valeur ou le prix des comestibles et du logement à eux four-"nis.

"Elles ont, en outre de tout autre recours, le droit, à défaut de "paiement pendant trois mois, de les vendre par encan public, "en donnant une semaine d'avis par annonce dans un papier-"nouvelles publié dans la municipalité dans laquelle l'hôtel, l'au-"berge, la taverne, la maison d'entretien ou de rafraîchissement "public, la maison de pension ou le logement sont situés, ou s'il "n'y a pas de papier-nouvelles publié dans la municipalité, dans "un papier-nouvelles publié dans l'endroit le plus rapproché.

"L'avis doit indiquer le nom de l'hôte ou du pensionnaire ou "de la personne à qui le logement est fourni, le montant dû, la "description des bagages ou autre propriété qui doivent être ven-"dus, l'époque, l'endroit de la vente et le nom de l'encanteur.

"Après la vente, l'aubergiste, l'hôtelier ou le maître de la mai-"son de pension ou du logement, peut en appliquer le produit au "paiement du montant qui lui est dû, et des frais des annonces "de vente, et doit payer le surplus, s'il y en a, à la personne qui "y a droit et en fait la demande."

Il suffira de citer les arrêts où il a été question de l'interprétation de cet article.

---

(47) Cette section a été ajoutée au code par le statut 39 Victoria, ch. 23.

Le droit de rétention, mentionné à l'article 1816*a*, s'étend à tous les effets apportés par les pensionnaires, même à ceux appartenant à des tiers: *Fogarty* v. *Dion* (6 Q. L. R., 163; 20 R. L., 29); *Marcuse* v. *Hogan* (M. L. R., 6 S. C., 184; 20 R. L., 28; 13 L. N., 227); *Foisy* v.*Calvin* (R. J. Q., 5 C. S., 333).

Le juge Langelier a rendu une décision contraire dans la cause de *Lindsoy* v. *Vallée* (R. J. Q., 16 C. S., 161).

Dans la cause de *Gauthier* v. *Gnaedinger* (3 R. de J., 207), le juge Gill a décidé que l'hôtelier a un droit de rétention sur les valises d'échantillons apportées chez lui par un commis-voyageur, pour le prix des comestibles et du logement fournis à ce dernier; mais que ce principe ne s'étend pas, à l'encontre du propriétaire de ces valises, au prix de boissons fournies à l'excès au commis-voyageur ni au remboursement d'un compte de médecin appelé à lui donner ses soins.

Le droit de rétention de l'hôtelier ne lui permet pas d'enlever avec violence les objets que portent ses hôtes au cours de leur voyage: *Légaré* v. *Lachance* (R. J. Q., 6 C. S., 118).

D'un autre côté, si l'hôtelier, après avoir été payé de ce qui lui est dû, s'oppose quand même au transport des effets appartenant à son pensionnaire, ce dernier a droit de se servir de la force nécessaire pour pouvoir apporter ses effets hors de l'hôtel: *Bourdais* v. *Robinson* (R. J. Q., 12 C. S., 201).

CHAPITRE DEUXIEME. — Du séquestre.

On entend par séquestre la remise à un tiers, soit de consentement mutuel, ou sur l'ordre du juge, d'une chose mobilière ou immobilière à laquelle deux ou plusieurs personnes ont des droits ou prétentions, jusqu'au règlement définitif de ces droits ou prétentions.

"Le séquestre", dit l'article 1817, "est ou conventionnel ou ju-"diciaire" (1).

(1) C'est la copie de l'art. 1955 C. N.

En effet, le séquestre peut être librement consenti par les parties dans leur intérêt mutuel, ou bien il peut être ordonné par la justice si les parties ne s'entendent pas. Il sera question de ces deux espèces de séquestre dans les sections qui suivent.

Disons sommairement que bien que le séquestre soit une variété du dépôt, il en diffère en ce que le dépôt ne peut avoir pour objet que des meubles, qu'il est gratuit, qu'il constitue un contrat, tandis que le séquestre peut avoir pour objet des immeubles comme des meubles, il peut être consenti à titre onéreux, et prendre naissance dans un simple acte judiciaire.

SECTION I. — DU SÉQUESTRE CONVENTIONNEL.

L'article 1818 définit en ces termes le séquestre conventionel:

1818. "Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par deux ou "plusieurs personnes d'une chose qu'elles se disputent, entre les "mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation "terminée, à la personne à qui elle sera adjugée" (2).

On peut se demander en quoi le séquestre tel que défini ici, en supposant qu'il soit gratuit et qu'il porte sur des meubles, diffère du dépôt simple, car le dépôt peut être consenti par plusieurs personnes comme par une seule. Il est évident qu'il n'y a ici aucun élément que nous ne trouvons dans le dépôt simple. Mais le séquestre diffère du dépôt en ce qu'il n'est pas réduit à cette forme toute simple, et d'ailleurs la convention que la chose sera remise à la personne à qui elle sera adjugée caractérise suffisamment le séquestre pour qu'on le distingue du dépôt. Ajoutons que le séquestre n'est pas nécessairement gratuit et il peut avoir pour objet des immeubles aussi bien que des meubles.

Et d'abord, dit l'article 1819, "le séquestre n'est pas nécessai- "rement gratuit." Donc le dépositaire peut stipuler un salaire, mais s'il ne fait pas cette stipulation on présumera qu'il a consenti à se charger de la chose gratuitement. L'article 1819 continue ainsi: "il est d'ailleurs sujet aux règles applicables au con-

---

(2) L'article 1956 du code Napoléon est au même effet.

"trat de dépôt simple, en autant qu'elles ne sont pas incompati-"bles avec les articles de ce chapitre" (3). Ceci s'applique surtout au séquestre gratuit. Le séquestre salarié ressemble plus au louage d'ouvrage qu'au dépôt, et ce sont les règles de ce contrat qui déterminent les obligations du dépositaire. C'est ce que l'article 1822 dit en ces termes.

1822. "Lorsque le séquestre n'est pas gratuit, il est assimilé "au contrat de louage, et l'obligation du dépositaire, quant à la "garde de la chose séquestrée, est la même que celle du locataire."

Cet article n'existe pas au code Napoléon. Il ne fait du reste que reproduire la doctrine de Pothier (n° 90). La distinction a moins d'importance depuis le code civil qui ne connaît plus les diverses espèces de fautes, l'obligation de tout débiteur d'une chose et de tout administrateur, étant d'apporter à sa conservation les soins d'un bon père de famille. Cependant la rigueur avec laquelle on envisage la faute d'une telle personne comporte des nuances suivant qu'elle reçoit ou ne reçoit pas un salaire. Nous en avons trouvé un exemple à l'article 1710 quant à la responsabilité du mandataire.

Sur un autre point le séquestre conventionnel diffère du dépôt; il peut avoir pour objet les immeubles aussi bien que les meubles (4).

Le séquestre conventionnel étant effectué par deux ou plusieurs personnes afin précisément que la chose séquestrée soit retenue par le dépositaire jusqu'à la fin de la contestation quant à sa possession, il s'ensuit que le dépositaire ne peut se décharger de la responsabilité qu'il a assumée avant que cette contestation soit terminée. C'est du reste ce que dit l'article 1821 en ces termes:—

1821. "Le dépositaire chargé de séquestre ne peut être déchar-

(3) L'art. 1819 reproduit en substance les art. 1957 et 1958 du code Napoléon.

(4) C'est la disposition de l'article 1820, copie de l'article 1959 du code français, qui se lit comme suit:

1820. "Le séquestre peut avoir pour objet les biens immeubles de "même que les biens meubles."

"gé avant la contestation terminée que du consentement de tou-"tes les parties intéressées, ou par le tribunal pour une cause "suffisante" (5).

Parmi les causes suffisantes on peut citer une infirmité habituelle ou un long voyage que le dépositaire aurait à entreprendre.

SECTION II. — DU SÉQUESTRE JUDICIAIRE.

Comme son nom l'indique, le séquestre judiciaire est celui que le juge ordonne à la demande d'une partie intéressée.

I. Cas où il y a lieu au séquestre judiciaire. — L'article 1823 répond à cette question en ces termes:—

1823. "Le séquestre ou dépôt peut être ordonné par l'autorité judiciaire:

"1° Des biens meubles saisis par arrêt simple ou en exécution "d'un jugement;

"2° Des deniers ou autres choses qu'un débiteur offre et con-"signe dans une instance pendante;

"3° Le tribunal ou le juge, sur la demande de la partie inté-"ressée, peut, suivant les circonstances, ordonner le séquestre "d'une chose mobilière ou d'un immeuble dont la propriété ou la "possession est en litige entre deux ou plusieurs personnes" (6).

Cette énumération est-elle limitative? On enseigne la négative en France, mais il y a des dissidents (7). On paraît avoir jugé le contraire ici (8). Cette solution ne me paraît pas à l'abri de toute difficulté, car il est certain que dans l'ancien droit on ne prétendait pas limiter les cas où le séquestre pouvait être

---

(5) L'article 1960 C. N. est au même effet.

(6) Je donne le texte de cet article tel que modifié par le statut 60 Vict., ch. 50, qui a ajouté les mots "ou le juge" après le mot "tribunal" dans le dernier alinéa. Il est au même effet que l'article 1961 du code français.

(7) Baudry-Lacantinerie, n° 1269.

(8) Voy. les causes de *The Sun Life Assurance Co.* v. *Mandeville* et de *Bedell* v. *Smart*, citées plus loin, et la note (9) *infra*.

ordonné et Pothier (nº 98) en mentionnant certains cas ne prétendait citer que des exemples.

Ainsi le juge Jetté, en 1879, dans une cause de *Drummond* v. *Holland* (23 L. C. J., 241; 14 R. L., 284, 2 L. N., 286), appliquant le principe général que le juge a le pouvoir indéfini et discrétionnaire d'ordonner toute espèce de mesures conservatoires dans l'intérêt des parties, a décidé que l'article 1823 C. C. n'est pas limitatif, mais qu'il n'indique que des espèces où le séquestre peut être ordonné.

Le juge Johnson a également ordonné le séquestre dans une espèce analogue, c'est-à-dire le cas d'un défendeur qui conteste une action hypothécaire: *The Heritable Securities and Mortgage Investment Association* v. *Racine,* 23 L. C. J., 242.

D'un autre côté, dans la cause de *Sun Life Assurance Company* v. *Mandeville* (R. J. Q., 4 C. S., 201), la demanderesse poursuivait le défendeur pour le recouvrement du montant d'un obligation hypothécaire; le défendeur attaquait la validité de l'obligation et plaidait que l'emprunt n'avait pas été autorisé et que la propriété hypothéquée était insaisissable. Il fut jugé que cette contestation n'avait pas pour effet de mettre en question entre les parties la propriété ou la possession des immeubles hypothéqués et que, partant, en l'absence de preuve de détérioration, il n'y avait pas lieu au séquestre (9).

Une décision semblable a été rendue dans la cause de *Bedell* v. *Smart* (R. J. Q., 6 C. S., 332); dans cette cause, le défendeur, créancier hypothécaire, poursuivait le défendeur qui avait été délégué par le débiteur pour lui payer le montant de la créance, et le défendeur contestait l'action pour le motif que le demandeur n'avait pas accepté la délagation de paiement.

---

(9) Ce jugement fut rendu par la cour de revision à Montréal, et ce qu'il importe de constater, c'est que le juge Jetté, qui avait ordonné le séquestre dans la cause de *Drummond* v. *Holland* rapportée plus haut, faisait partie du tribunal qui a jugé la cause de *Sun Life Assurance Co.* v. *Mandeville.* Apparemment le savant juge avait modifié sa manière de voir. J'ai indiqué plus haut mes préférences pour la solution adoptée dans la cause de *Drummond* v. *Holland.*

Le séquestre est une mesure conservatoire que la loi laisse à la discrétion du tribunal; et, si la demande en a été refusée dans une action pétitoire, où il appert que la dépossession aurait pour le défendeur les conséquences les plus graves, tandis que le *statu quo* n'expose le demandeur qu'à une perte relativement peu considérable, il n'y a pas lieu d'infirmer une telle décision en appel: *Blouin* v. *The Louise Wharfage & Warehouse Co.* (R. J. Q., 5 B. R., 377; R. J. Q., 8 C. S., 422).

Une requête pour séquestre doit contenir les moyens sur lesquels est fondée la demande en séquestre et il n'est pas suffisant d'alléguer simplement que le requérant a intérêt à ce que les propriétés soient séquestrées: *St. Bridget's Asylum* v. *Fernay* (3 R. L. 32; 1 R. C. 246).

L'article 1824 ajoute que "le séquestre peut aussi avoir lieu "sous l'autorité judiciaire dans les cas suivants spécifiés en ce "code:—

"1° Lorsque l'usufruitier ne peut fournir le cautionnement "mentionné en l'article 465;

"2° Lorsque le substitué est mis en possession sous l'autorité "de l'article 955."

Ces cas de séquestre judiciaire ont été expliqués ailleurs. Je puis ajouter que l'article 713 du code de procédure civile mentionne un autre cas de séquestre judiciaire, qui est celui d'un immeuble saisi dont la vente est arrêtée par une opposition.

On trouvera au même code, art.973 et suiv., le mode d'obtenir la nomination du séquestre.

II. Droits et obligations du séquestre judiciaire. — L'article 1825 définit les devoirs du séquestre judiciaire comme suit:—

1825. "Le gardien ou séquestre nommé en justice doit apporter pour la conservation des choses saisies ou séquestrées les "soins d'un bon père de famille.

"Il est assujetti aux devoirs et obligations imposées aux gar"diens sur saisie-exécution.

"Il doit les représenter soit pour être vendues suivant le cours "de la loi, soit pour être restituées à la partie qui y a droit en "vertu du jugement du tribunal.

"Il doit aussi rendre compte de sa gestion lorsque le jugement "a été rendu dans l'instance, et chaque fois que le tribunal "ou le juge, l'ordonne pendant l'instance.

"Il a droit d'exiger de la partie saisissante le paiement de "l'indemnité fixée par la loi ou par le tribunal ou le juge, à "moins qu'il n'ait été présenté par la partie sur laquelle la saisie "a été faite" (10).

Le séquestre n'est autre chose qu'un gardien; malgré sa nomination, le débiteur ou saisi reste propriétaire et a même la possession légale, et c'est contre lui que les actions à raison de la chose doivent être intentées. Comme gardien, le séquestre doit apporter à la conservation des choses séquestrées tous les soins d'un bon père de famille. Il rend compte de sa gestion et doit ou bien représenter la chose à l'officier chargé de la vendre, ou bien la restituer à la personne qui y a droit. Il a également droit à son salaire qui est fixé par la loi ou la justice; s'il a été nommé par le saisissant, c'est celui-ci qui doit lui payer ce salaire; si, au contraire, c'est le débiteur qui l'a présenté, c'est à ce dernier qu'il doit demander son paiement. En tous cas les frais du séquestre sont privilégiés sur la chose séquestrée comme étant des frais de justice (11).

Le gardien judiciaire qui a perdu la possession des objets mis sous sa garde peut les réclamer par voie de saisie-revendication: *Moisan* v. *Roche* (4 Q. L. R., 47; 1 L. N., 33); *Gilbert* v. *Coindet* (1 L. N., 42); *Dumouchel* v. *Larivière* (21 R. L., 79).

Le séquestre a aussi le droit d'intenter une saisie-gagerie en expulsion contre les locataires de la propriété qu'il doit administrer: *Baylis* v. *Stauton* (27 L. C. J., 203) (12).

Le compte que doit rendre le séquestre doit être assermenté.

---

(10) Cette disposition est plus complète que celle de l'article 1962 C. N., qui lui correspond. Je la donne d'ailleurs telle qu'elle a été modifiée par la loi 60 Vict., ch. 50.

(11) Baudry-Lacantinerie, n° 1299.

(12) Le but de la saisie-gagerie doit être de forcer le locataire de payer le loyer, car le séquestre doit tenir les immeubles séquestrés sous bail (art. 1825b).

contenir des chapitres distincts de recettes et de dépenses et être accompagné des pièces justificatives: *Durocher* v. *Lauzon* (12 R. L., 403).

Le séquestre nommé lors de la liquidation d'une société, n'a pas l'autorité, durant l'instance entre les associés, de remettre les sommes qu'il a en mains à l'une des parties sans un ordre de la cour, et il sera tenu d'en rendre compte avant de pouvoir être relevé de sa charge. *Phillips* v. *Kurr* (R. J. Q., 7 C. S., 358).

A proprement parler le séquestre judiciaire n'est pas un administrateur; il est essentiellement un dépositaire, avec des pouvoirs toutefois plus amples que ceux du dépositaire ordinaire. Le but du séquestre ordonné par justice c'est bien la conservation de la chose, car le séquestre compte parmi les mesures conservatoires, mais c'est plus que cela, car il a pour effet de priver le propriétaire ou le possesseur de la jouissance d'une chose tant que la justice ne se sera prononcée sur la validité de ses prétentions. Il en résulte que le séquestre est nécessairement obligé d'accomplir certains actes d'administration, et c'est pour cette raison que l'article 1825 l'oblige à rendre compte de sa gestion (13). L'article 1825*a*, ajouté au code par le statut 60 Victoria, ch. 50, va plus loin encore, et autorise le séquestre à vendre les choses périssables. "Si parmi les choses séquestrs", dit-il, "il s'en trouve de fongibles, le séquestre peut les faire vendre, en "observant les formalités prescrites pour la vente sur saisie-exé-"cution." Bien que notre article se serve ici de termes facultatifs, il ne me paraît pas douteux que le juge peut ordonner au séquestre de procéder à cette vente, car le séquestre, comme tout officier de justice, est tenu de se conformer aux injonctions du tribunal.

J'ajoute que lorsque la chose séquestrée est tenue sous bail, le séquestre doit en percevoir les loyers. L'article 1825*b*, ajouté par la même loi, oblige même le séquestre à louer les choses sus-

(13) Je puis ajouter qu'au désir de l'art. 976, C. P. C., le séquestre prête serment de bien administrer les choses dont il est constitué dépositaire. Mais ce pouvoir d'administrer est bien borné.

ceptibles de jouissance. Il dit que "si les choses séquestrées con- "sistent en quelque jouissance, le séquestre, au cas qu'il n'y ait "pas be bail conventionnel, est tenu d'en donner bail à l'enchère "publique." Mais peut-il renouveler un bail qui expire pendant sa jouissance? L'article 1825*b* ne se prononce pas sur ce point, mais ses termes me paraissent entraîner la conséquence que le séquestre doit alors mettre le bail aux enchères, sans qu'il puisse le renouveler de gré à gré.

Le séquestre peut-il prendre lui-même le bail au prix auquel il est adjugé aux enchères publiques? Il me semble que non, car en acceptant la mission que la justice lui confrère, il s'engage à conserver la chose pour la remettre à celui auquel elle est adjugée, et il me paraît y avoir incompatibilité entre le rôle du locataire et de celui de simple dépositaire de la chose.

Ce qui est certain, car la loi en parle, c'est que les parties ne peuvent se rendre adjudicataires du bail. En effet, l'article 1826 porte que "la chose séquestrée ne peut-être prise à loyer directe- "ment ni indirectement par aucune des parties à la contestation "y relative". Cette disposition, tirée de l'ordonnance de 1667, titre 19, art. 18, ne se trouve pas au code Napoléon.

Pour revenir au séquestre, nous avons vu qu'il doit apporter à la conservation de la chose séquestrée tous les soins d'un bon père de famille. Cependant il ne peut prendre sur lui d'y faire les réparations; il doit y être autorisé par le tribunal. C'est ce que décrète le nouvel article 1826*a* (ajouté au code par la loi que j'ai citée) en ces termes:

1826*a*. "Les réparations ou autres impenses nécessaires aux "lieux séquestrés ne peuvent être faites que par l'autorisation du "tribunal ou du juge, sur requête signifiée aux parties."

Si le séquestre fait ces réparations sans autorisation, il s'expose à voir discuter son compte, mais il ne faut pas dire qu'il sera privé de tout recours, car autrement les parties s'enrichiraient à ses dépens. Le tribunal prononcerait suivant les circonstances.

Enfin, par une disposition générale, l'article 1827 porte que "celui qui est chargé de séquestre par l'autorité judiciaire et à

"qui les effets ont été délivrés est soumis à toutes les obliga-"tions qui résultent du séquestre conventionnel" (14).

J'ai dit ailleurs quelle est l'étendue de ces obligations.

Il n'est pas nécessaire d'examiner ici les questions de procédure qui se rattachent au séquestre ordonné par justice. L'article 1829, du reste, ne fait à cet égard qu'un simple renvoi. Il dit que "les règles spéciales relatives au séquestre judiciaire ou à "la consignation sont énoncées dans le code de procédure ci-"vile" (15). Je puis dire sommairement que les jugements ordonnant le séquestre sont susceptibles d'exécution provisoire nonobstant l'appel (art. 594 C. P. C.), et que le séquestre, pour l'exécution des obligations qui lui incombent, est contraignable par corps (art. 833 C. P. C.).

III. Décharge du séquestre judiciaire. — Le séquestre est déchargé, ou bien de plein droit, ou bien par l'ordonnance du tribunal.

Il est déchargé de plein droit par la remise qu'il fait de la chose à la personne qui est adjugée y avoir droit. C'est ce que dit le nouvel article 1827*a*, ajouté au code par la loi que j'ai citée, en ces termes:

1827*a*. "Le séquestre est déchargé de plein droit par la remise "des biens séquestrés à la partie indiquée par le jugement."

Mais il faut, pour que le séquestre soit déchargé, que la partie accepte les biens. S'ils sont détériorés par la faute du séquestre, on comprend qu'il faut autre chose que leur remise; le séquestre ne sera alors déchargé que lorsqu'il aura payé à cette partie l'indemnité à laquelle elle a droit. Il est de plus comptable de tous revenus qu'il a perçus.

L'article 1828 explique les cas où le séquestre judiciaire peut demander sa décharge au tribunal.

1828. "Le séquestre judiciaire peut obtenir sa décharge après

(14) Il y a une disposition analogue à l'article 1963 C. N.

(15) Voyez notamment les art. 973 et suiv. C. P. C.

"le laps de trois ans, à moins que le tribunal, pour des raisons "particulières, ne l'ait continué au delà de ce terme.

"Il peut aussi être déchargé avant l'expiration de ce terme "par le tribunal en connaissance de cause."

Cette disposition, qui est tirée de l'art. 21, titre 19, de l'ordonnance de 1667, n'existe pas au code français. Remarquons que l'ordonnance déclarait le séquestre déchargé de plein droit au bout de trois ans. Notre article paraît exiger qu'il obtienne sa décharge du tribunal.

TITRE ONZIÈME

DE LA SOCIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Les codificateurs expliquent qu'ils ont réuni dans ce titre les règles qui régissent les sociétés soit civiles, soit commerciales, à la différence du code civil français qui ne traite que des sociétés civiles, et du code de commerce français où il n'est question que des sociétés commerciales. Ils énoncent d'abord les règles qui s'appliquent aux deux espèces de société, et ensuite celles qui sont particulières aux sociétés de commerce.

I. Définition. — Le code ne définit pas la société. D'après Pothier (1), "le contrat de société est un contrat par lequel deux "ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent à mettre en com- "mun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, "dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte" (2). On le voit, le contrat de société suppose nécessairement que des parties capables de contracter ont fourni une mise commune, qui reste le patrimoine de la société, en vue de réaliser par ce moyen un profit honnête qui doit être partagé parmi elles. Les codificateurs expliquent qu'il n'est pas question dans ce titre des associations d'intérêts qui résultent de la communauté entre époux ou de la communauté de propriété indivise. Dans un sens ces associations sont des sociétés, mais elles diffèrent suffisamment de celles que le législateur envisage ici pour qu'on les ait étudiées à part.

---

(1) *Société*, n° 1.

(2) C'est en substance cette définition que donne l'article 1832 du code Napoléon. Notre code qui ne contient pas beaucoup de définitions omet encore celle-là.

II. Eléments essentiels à l'existence de toute société. — Si notre code ne définit pas la société, il en indique les éléments essentiels. Ainsi, aux termes de l'article 1830, "il est de l'essence "du contrat de société qu'elle soit pour le bénéfice commun des "associés et que chacun d'eux y contribue en y apportant des "biens, son crédit, son habileté ou son industrie" (3).

Analysons cette disposition et nous trouverons les éléments suivants:

1° *Une mise commune.* — Chacun des associés doit contribuer à cette mise. Du reste on peut, dit notre article, apporter soit des biens, soit son crédit, son habileté ou son industrie.

Des biens de tout genre, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, peuvent, pourvu qu'ils soient dans le commerce, être apportés au fonds commun.

Le crédit peut constituer une mise valable. Le code tranche ici une controverse qui divise les auteurs en France. On conçoit que le crédit d'un associé riche vaut plus que des valeurs modiques que des associés peu fortunés apporteraient à la société.

L'habileté ou l'industrie est également susceptible de constituer une mise sociale. Ainsi deux ouvriers peuvent contracter une société à laquelle ils n'apportent que leur habileté ou leur industrie.

2° *La participation aux bénéfices.* — Essentiellement, les associés en réunissant leurs biens, leurs capitaux ou leur industrie, se proposent des bénéfices à réaliser. Leur attente peut être trompée, mais ce qui distingue la société des associations de charité, de religion ou autres semblables, c'est l'esprit de spéculation qui la domine. Pour cette même raison, les assurances mutuelles, où les sociétaires ne se proposent que de se prémunir contre des pertes possibles, ne sont pas des sociétés.

L'article 1831 ajoute que toute convention par laquelle un des

(3) Cette disposition ne diffère guère de l'article 1833 du code Napoléon qu'en ce que ce dernier article dit que la société doit avoir un objet licite, ce qui n'est que l'application du principe général de notre article 989.

associés est exclu de la participation dans les profits est nulle. Donc, ce que les jurisconsultes romains appelaient la société léonine est impossible dans notre droit.

Mais la clause exemptant l'un des associés de la participation aux pertes n'est nulle qu'à l'égard des tiers. Elle est permise d'associé à associé et équivaut en ce cas à une garantie donnée par un associé à son coassocié que les opérations de la société n'entraîneront pour lui aucune perte.

3° *L'intention de contracter une société.* — Il ne suffit pas qu'il y ait un apport réciproque ou même un partage de bénéfices, il faut de plus qu'il y ait intention de contracter une société. Ainsi le marchand qui engage un commis lequel, en récompense de l'industrie qu'il apporte, reçoit une part des bénéfices, qui même n'est payé qu'à la condition qu'il y ait des bénéfices, ne contracte pas une société si telle n'a pas été son intention. Il n'y aurait que louage de services. Il en serait de même du cas où un capitaliste prêterait des fonds à une société, à condition de partager dans les profits réalisés par cette société. Tout dépend donc de l'intention des parties.

D'ailleurs l'article 1831 pose à cet effet la règle suivante qui demande à être bien entendue:

1831. “La participation dans les profits d'une société entraî-“ne avec elle l'obligation de partager dans les pertes.

“Toute convention par laquelle l'un des associés est exclu de “la participation dans les profits est nulle.

“La convention qui exempte quelqu'un des associés de partici-“per dans les pertes est nulle quant aux tiers seulement.”

D'après l'article 1855 du code Napoléon, la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. Et cet article ajoute qu'il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans les fonds de la société par l'un ou plusieurs des associés.

Nos codificateurs expliquent qu'en décrétant la nullité absolue de la stipulation exemptant l'un des associés de la contribution aux pertes, l'article 1855 du code français a innové à l'ancien

droit (4). Et ils ont préféré ne prononcer la nullité de la stipulation que quant aux tiers.

Revenant donc à l'article 1831, nous y trouvons comme principe la règle que la participation dans les bénéfices d'une société entraîne avec elle l'obligation de partager dans les pertes.

Cette règle demande à être bien entendue, car, pendant quelque temps, on s'est mépris sur sa portée.

L'article 1831 suppose nécessairement une société existante, car il parle de la participation dans les profits d'une société. Il faut donc qu'il y ait convention expresse ou implicite de société. Et alors celui qui participe aux profits de telle société ne peut s'exempter de contribuer au paiement des pertes qu'elle a encourues.

En dehors de conventions de société, la règle de l'article 1831 ne s'applique pas. Ainsi le commis qui engage ses services ou le bailleur de fonds qui prête ses deniers moyennant une part dans les bénéfices d'une entreprise commerciale, ne devient pas associé, car ni l'un ni l'autre n'a entendu contracter une société. Naturellement, les tribunaux scruteront attentivement des conventions de ce genre afin de déterminer si les parties n'ont pas voulu cacher une société sous le couvert d'un prêt ou d'un louage de services. Mais s'il n'y a pas eu d'intention de former une société, on ne saurait en présumer l'existence.

Il y a eu quelques hésitations dans notre jurisprudence sur ces questions. Après avoir énoncé, du moins implicitement, la véritable doctrine dans quelques arrêts (5), la cour d'appel, croyant à tort que le conseil privé avait admis la doctrine contraire dans la cause de *Singleton* v. *Knight* (13 App. Cas., p. 788), a, dans deux causes (6), jugé que le seul fait de participer dans les profits d'une société ou d'une opération commerciale entraîne

---

(4) Cette nullité est bien absolue dans le droit français moderne. Baudry-Lacantinerie (*Société*, nº 288) enseigne même que cette nullité entraîne la nullité de la société.

(5) *Pratt* v. *Berger* (28 L. C. J., p. 192) ; *Préfontaine* v. *Barrie*, 13 Q. L. R., 312.

(6) *Davie* v. *Sylvestre*, M. L. R., 6 Q. B., p. 14 ; *McFarlane* v. *Fatt*, M. L. R., 6 Q. B., p. 251.

présomption de société. Elle est cependant revenue sur cette erreur dans la cause de *Reid* v. *McFarlane* (R. J. Q., 2 B. R., p. 130), qui fixe définitivement la jurisprudence dans le sens que j'ai indiqué.

Je puis également indiquer comme énonçant la véritable doctrine les décisions suivantes: *Rinfret* v. *May*, M. L. R., 6 S. C., 437, Taschereau, J.; *Christie* v. *Charest*, 7 R. de J., 151, Lemieux, J.; *Lecompte* v. *Duclos*, R. J. Q., 4 C. S., 336; *Denis* v. *Hudson Bay Co.*, R. J. Q., 8 B. R., 236.

Comme je l'ai dit, il ne s'agit que de découvrir l'intention des parties, lorsque l'acte peut être envisagé soit comme un prêt ou un bail, soit comme une société. La participation aux bénéfices ne constitue qu'une présomption de société, et cette présomption tombe en présence de la manifestation d'une volonté contraire. Il n'y a, je le répète, qu'à se demander quelle a été l'intention des parties (7).

A part ces arrêts, il n'y en a point de bien importants à noter sur l'application de notre règle. Dans les causes de *Bosquet* v. *McGreevy* (9 L. C. R., 266) et de *Kane* v. *Wright* (1 D. C. A., 297), les tribunaux ont vu une société dans l'entreprise, par plusieurs personnes conjointement, d'un contrat pour l'exécution de travaux. Par contre, on a décidé qu'il n'y a pas de société lorsqu'une personne avance une somme d'argent au propriétaire d'un brevet qui s'engage à former une compagnie pour son exploitation, la personne faisant l'avance devant avoir la moitié des bénéfices (8) ; lorsque plusieurs cultivateurs conviennent de ne pas envoyer le lait à d'autre fromagerie que celle d'un fabricant qui doit en faire du fromage, et payer vingt par cent des bénéfices aux cultivateurs (9) ; lorsqu'un propriétaire loue un

(7) C'est sans doute parce qu'il trouvait cette intention que le juge Mathieu a vu une société dans l'exploitation d'un commerce par deux personnes, dont l'une devait en être l'administrateur et l'autre avancer une somme de deniers, remboursable à trois mois d'avis, les deux partageant dans les bénéfices: *Hudon* v. *Vallée*, 18 R. L., 551.

(8) *Laviolette* v. *Bossé*, M. L. R., 1 S. C. 429; 8 L. N. 340.

(9) *Beaubien* v. *Bernatchez*, 14 R. L., 193.

moulin, son loyer consistant dans une part des bénéfices (10); lorsque plusieurs personnes construisent un aqueduc pour leur usage commun (11), ou qu'elles possèdent conjointement une mine dont le titre est au nom de l'un d'eux (12).

J'ajoute que la cour d'appel a jugé, dans la cause de ***McDowell*** v. *Wilcock* (R. J. Q., 16 B. R., 459), que deux personnes qui se proposent de former une société commerciale et qui, durant leurs négotiations, font affaires ensemble, sous la raison sociale projetée, pendant un certain temps, au bout duquel elles se séparent sans pouvoir s'entendre sur les conditions du contrat, sont associées de fait pour la période écoulée, et que leurs opérations ne peuvent donner ouverture, en faveur de l'une contre l'autre, qu'à l'action *pro socio* en reddition de compte.

Reste un point à éclaircir.

Les sociétés forment-elles des personnes morales?

Pour répondre à cette question, il convient de bien préciser ce qu'il faut entendre par personne morale. Et d'abord il est certain qu'il ne s'agit pas ici de ces personnes fictives, créées par la loi et qu'on appelle des corporations, car il est clair que la société créée par un contrat privé ne constitue pas une corporation telle que je l'ai définie ailleurs (13).

Mais j'ai également dit qu'il y a une autre classe de personnes morales, et j'ai spécialement nommé les sociétés. Je crois que, faisant abstraction des corporations, on peut considérer comme personnes morales les associations, car ces associations ont un patrimoine distinct de celui qui appartient aux personnes qui les composent. Il n'est pas douteux que le patrimoine de la société est distinct de celui des associés (art. 1899). Il en est autrement de la communauté conjugale qui est une sorte de société, car son patrimoine, pendant le mariage, se confond avec celui du mari. Je dirai donc que toutes les sociétés sont des personnes morales, et je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer à cet

---

(10) *Préfontaine* v. *Barrie*, 13 Q. L. R., 312.

(11) *Michon* v. *Bousquet*, M. L. R., 6 Q. B., 337.

(12) *Provençal* v. *Nadeau*, R. J. Q., 9 C. S., 344.

(13) Voy. mon tome 2, p. 329.

égard la société commerciale de la société civile, comme le font la plupart des auteurs en France (14).

III. Durée de la société. — D'après l'article 1832, qui énonce un principe indiscutable, "la société commence à l'instant même "du contrat, si une autre époque n'y est indiquée" (15). Et l'article 1833 ajoute que "si la durée n'en est pas déterminée, la "société est censée contractée pour la vie des associés, sous les "modifications contenues dans le cinquième chapitre de ce ti- "tre" (16). Cette énonciation, comme le texte de l'article 1833 le

---

(14) La jurisprudence de la cour de cassation n'admet pas cette distinction.

Voy., sur cette question, Baudry-Lacantinerie, *Société*, n° 11.

Dans la cause de *Brown* v. *Taylor*, R. J. Q., 28 C. S., p. 462, le juge Davidson a exprimé l'opinion que la société commerciale ne constitue pas une personne morale. Il s'agissait d'une demande de cautionnement pour frais pour la raison qu'un des associés demandeurs demeurait en dehors de la province. L'action était prise par les associés faisant affaires sous une raison sociale, et l'associé étranger fut condamné à fournir caution. L'honorable juge fit observer que l'action ne pouvait être prise au nom de la société seule, mais devait l'être au nom des associés. Il y a cependant prépondérance de jurisprudence en faveur de l'opinion qui voit dans la société un être moral distinct de la personnalité des associés. Je puis citer: *Girard* v. *Rousseau*, Loranger, J., 31 L.C.J., p. 112; *Babineau* v. *Théroux*, cour de révision à Québec, 16 Q. L. R., p. 4; *Société de prêts et placements de Québec* v. *Lachance*, Cimon, J., 3 R. de J., p. 32 et p. 42 (voy. aussi R. J. Q., 5 B. R., p. 11; la cour d'appel ne paraît pas s'être prononcée sur ce point); *Crépeau* v. *Boisvert*, cour de révision à Québec, R. J. Q., 13 C. S., p. 405. J'ajoute que, dans la cause de *Walker* v. *Lamoureux*, R. J. Q., 21 C. S., p. 496, le juge Pagnuelo a paru admettre qu'à certains égards la société commerciale constitue une personne morale. J'ai dit que la société n'est certainement pas une personne au même titre qu'une corporation, ainsi elle ne serait pas apte à porter, en son nom seul, une action en justice. Mais elle a une personnalité qui la distingue de la personnalité des associés, elle a un patrimoine distinct de celui des associés et elle joue certainement un rôle que le jurisconsulte ne peut négliger et qui l'individualise parfaitement.

(15) L'article 1843 C. N. est au même effet.

(16) Il y a une disposition semblable à l'article 1844 du code français.

démontre, n'est pas complète. En principe, il faut consulter la convention pour déterminer la durée de la société. Si aucune époque n'y est fixée, il faut avoir égard à la nature de l'affaire qui fait l'objet de la société, et décider que la société durera tant que cette affaire ne sera pas consommée. Si l'affaire est de nature à pouvoir durer indéfiniment, alors la société est censée contractée pour la vie des associés, sauf le droit de l'un d'eux d'y mettre fin en en donnant avis aux autres. Cette énonciation sommaire suffira pour le moment.

IV. Déclaration que les associés doivent produire. — Nous rencontrons ici quelques dispositions qui ont pour but de renseigner les tiers sur l'existence et la composition des sociétés. Il suffira de reproduire ces dispositions et de citer les arrêts où on les a appliquées.

1834. "Dans les sociétés formées pour des fins de commerce, "pour l'exploitation de fabriques, d'arts ou de métiers, ou pour "la construction de chemins, écluses ou ponts, ou pour la coloni-"sation, le défrichement ou le trafic des terres, les associés sont "tenus de remettre au protonotaire de la cour supérieure de cha-"que district et au régistrateur de chaque comté dans lequel le "commerce ou l'affaire doit être fait, une déclaration par écrit "en la forme et suivant les règles prescrites dans le statut inti-"tulé: *Acte concernant les sociétés.*

"L'omission de la remise de cette déclaration ne rend pas la "société nulle; elle assujettit les parties qui y contreviennent aux "pénalités et obligations imposées par ce statut.

"Toute personne mariée faisant affaires comme commerçant, "seule ou en société avec d'autres personnes, doit, sujette aux pé-"nalités ci-dessus mentionnées, faire enregistrer au bureau du "protonotaire de la cour supérieure du district dans lequel ce "commerce est fait, dans les soixante jours qui suivent le jour du "commencement de ce commerce, ou dans les soixante jours qui "suivent la date de son mariage, une déclaration par écrit cons-"tatant si elle est commune en biens ou séparée de biens; au cas "de communauté de biens, si c'est par contrat de mariage, et au

"cas de séparation de biens, si c'est par contrat de mariage ou par "jugement; au cas de contrat de mariage, cette déclaration devra "en mentionner la date, le nom du notaire qui l'aura reçu et le "domicile de ce dernier, lors de la passation de ce contrat; et si "c'est par jugement, cette déclaration devra mentionner le nu-"méro de la cause, la date du jugement et le nom du district où "tel jugement aura été rendu.

"Le protonotaire de chaque district doit tenir un registre pour "cet objet" (17).

1834*a*. "Une semblable déclaration doit aussi être faite par "une personne faisant affaires seule sous une raison socia-"le" (18).

1834*b*. "Chaque fois qu'une ou plusieurs personnes se servent "en affaires du nom d'une autre personne, les contrats, conven-"tions, avis, annonces, enseignes, lettres de change, billets, en-"dossements, chèques, ordres pour de l'argent ou marchandises, "factures, reçus et lettres qu'elles font, publient, signent ou émet-"tent, sous tel nom, dans le cours de leurs affaires, doivent por-"ter, à la suite du nom, le mot 'enregistré' ou une abréviation "d'icelui.

"Toute personne qui enfreint les dispositions de cet article est "passible de la pénalité édictée par l'article 5639 des statuts re-"fondus, laquelle peut être recouvrée en la manière y détermi-"née" (19).

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Gendron* v. *Dussault* (R. J. Q., 16 B. R., 330), que le commerçant qui fait affaires sous une raison sociale où se trouve son propre nom, et qui fait

(17) Les alinéas 3 et 4 de cet article y ont été ajoutés par la loi 2 Edouard VII, ch. 38.

L'*Acte concernant les sociétés*, dont parle le premier alinéa de notre article, est maintenant refondu dans les articles 5635 et suiv., S. R. P. Q. On y trouvera la formule de la déclaration exigée par l'article 1834.

(18) Cet article a été ajouté au code par l'article 5821 S. R. P. Q.

(19) C'est la loi 5 Edouard VII, ch. 29, qui a ajouté cet article au code.

la déclaration prévue à l'article 1834*a*, n'est pas "une personne "qui se sert en affaires du nom d'une autre personne" au sens de l'article 1834*b*; et que, partant, l'omission de faire suivre sa raison sociale du mot ou d'une abréviation du mot "enregistré" ne le rend pas passible de la pénalité décrétée par cet article.

1835. "Les allégations contenues dans la déclaration mention-"née en l'article qui précède (20) ne peuvent être mises en ques-"tion par aucun de ceux qui l'ont signée; elles ne peuvent pas "l'être davantage à l'encontre de quelqu'un qui n'est pas associé "par une personne qui ne l'a pas signée et qui était vraiment un "des associés à l'époque où elle a été faite; et aucun des associés, "soit qu'il ait signé ou non la déclaration, n'est censé avoir cessé "de l'être, à moins qu'il n'ait été fait et produit en la même ma-"nière une nouvelle déclaration énonçant le changement dans la "société."

1836. "Tout associé, quoique non mentionné dans la déclara-"tion, peut être poursuivi conjointement et solidairement avec "les associés qui y sont dénommés; ou bien ces derniers peuvent "être poursuivis seuls, et si jugement est rendu contre eux, tout "autre associé peut ensuite être poursuivi sur la cause d'action "primitive sur laquelle jugement a été ainsi rendu."

1837. "Lorsque des individus dans le Bas-Canada sont asso-"ciés pour quelqu'une des fins mentionnées en l'article 1834, et "qu'il n'a pas été déposé de déclaration tel que requis ci-dessus, "toute action qui peut être intente contre tous les membres de la "société, peut aussi l'être contre un ou plusieurs d'entre eux, "comme faisant ou ayant fait commerce conjointement avec d'au-"tres, sans nommer ces derniers dans le bref ou la demande sous "les noms et raison de leur société; et si jugement est rendu "contre lui ou contre eux, tous autres associés peuvent être en-"suite poursuivis conjointement ou séparément, sur la cause pri-"mitive d'action sur laquelle jugement a été rendu.

"Mais si telle action est fondée sur une obligation ou un docu-"ment par écrit dans lequel sont nommés tous les membres obli-

(20) Il s'agit de l'article 1834.

"gés, ou quelqu'un d'eux, alors tous les associés y dénommés doi-"vent être parties à l'action."

Jurisprudence. — Un compte-rendu sommaire de la jurisprudence sur les articles 1834 et suiv. suffira comme commentaire de ces dispositions.

Ainsi, il a été jugé que la déclaration exigée par l'article 1834 doit être faite par les membres d'une société civile aussi bien que par ceux d'une société commerciale, v. g. par ceux qui exploitent un moulin à farine (21). Mais des associés qui ne demeurent pas dans la province de Québec n'y sont pas tenus (22). D'ailleurs, il importe peu que la déclaration ait été enregistrée avant l'institution de l'action réclamant la pénalité, si elle ne l'a pas été dans le délai fixé par la loi (23).

On a aussi jugé que le défaut d'enregistrer une société et le défaut d'enregistrement de la déclaration exigée des commerçants mariés, peuvent donner lieu à deux actions pénales contre la même personne (24).

Et quant à l'article 1835, qui exige l'enregistrement de la dissolution d'une société, on l'a appliqué dans les causes de *Greeshields* v. *Wyman*, 21 L. C. J., 40; *Coutu* v. *Guévremont*, 31 L. C. J., 188, et *Hodgson* v. *La Banque d'Hochelaga*, 15 R. L.

---

(21) *Duchesne* v. *Lapointe*, 11 Q. L. R., 196; 14 R. L., 60. L'énumération de l'article 1834 ne se restreint pas à des opérations commerciales.

(22) *Jelly* v. *Binns*, 32 L. C. J., 96, Tellier, J. (confirmé par la cour de révision sous le nom de *Jelly* v. *Dunscomb*, M. L. R., 4 S. C., 404); *Minville* v. *Delahaye*, 7 R. de J., 554, Pelletier, J.; *Ridgeway* v. *Collier*, R. J. Q., 21 C. S., 473, Archibald, J. Le savant juge, dans cette dernière cause, a décidé que l'article 1834 ne s'applique pas au cas d'un facteur faisant affaires au nom d'un principal étranger.

(23) *Bellehumeur* v. *Burns*, M. L. R., 1 C. S., 354, Mathieu, J.; *Fraser* v. *Marquis*, R. J. Q., 15 C. S., 50 cour de révision. *Contra*, *Jelly* v. *Dunscomb*, M. L. R., 4 S. C., 404, cour de révision, mais le juge Johnson a différé de ses collègues sur ce point.

(24) *Devin* v. *Vaudrey*, M. L. R., 5 S. C., 112, Taschereau, J., et M. L. R., 6 S. C., 498, cour de révision.

75. Dans la cause de *McLachlan* v. *The Accident Insurance Co.*, R. J. Q., 3 C. S., 230, des associés avaient obtenu une police d'assurance contre les accidents en faveur les uns des autres, et plus tard, ils avaient donné avis public que l'un d'eux avait cessé de faire partie de leur société. L'associé en question ayant perdu la vie dans un accident, les autres associés réclamèrent le montant de l'assurance, alléguant que l'associé défunt était en société avec eux à son décès. Il fut jugé par la cour de révision qu'ils ne pouvaient prouver l'existence de la société à l'encontre de l'avis de dissolution qu'ils avaient fait enregistrer.

Enfin nous rencontrons une disposition qui tient plutôt à la procédure qu'au droit civil, et dont le but est d'indiquer le mode d'assignation des sociétés ainsi que l'effet des jugements rendus contre un associé pour une dette sociale. Cette disposition se lit comme suit :—

1838. "L'assignation ou poursuite sur réclamation ou de-"mande pour une dette d'une société existante, au bureau ou "lieu d'affaires de telle société dans la province du Canada, a "le même effet que l'assignation donnée aux membres de telle "société personnellement; et tout jugement rendu contre "un membre d'une telle société existante, pour une dette ou "obligation de la société, est exécutoire contre les biens et effets "de la société, de la même manière que si le jugement eût été "rendu contre la société."

CHAPITRE DEUXIEME.—DES OBLIGATIONS ET DES DROITS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

Je vais envisager séparément les obligations et les droits des associés entre eux, c'est-à-dire envers la société. Je parlerai ensuite de la gestion des affaires sociales et du partage des bénéfices et des pertes.

§I.—*Des obligations des associés envers la société.*

I. Obligation de fournir l'apport promis. — La principale obligation de l'associé c'est de fournir l'apport qu'il a promis. "Chaque associé", dit le premier alinéa de l'article 1839 (1), "est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter."

Nous avons vu que les associés peuvent s'engager à apporter soit des biens, soit leur crédit, soit leur habileté ou leur industrie (art.1830). Le mot *biens* est on ne peut plus général et comprend les biens corporels et incorporels. Ainsi on peut apporter un secret de fabrication, un brevet d'invention, un fonds de commerce ou une marque de fabrique. Le crédit qui peut faire l'objet d'un apport est sans doute le crédit commercial; l'apport du crédit politique semblerait illicite (2). On décide aussi que le nom peut faire l'objet d'un apport (3); d'ailleurs l'apport du nom paraît se confondre avec celui du crédit, car le nom n'a de la valeur que par le crédit dont il jouit.

Maintenant l'apport peut être en propriété ou en jouissance, et l'apport d'un associé peut être en propriété et celui de l'autre en jouissance; bien entendu l'industrie, le crédit ou l'habileté ne s'apportent qu'en jouissance et il en est de même du nom commercial (4).

Envisageons d'abord l'apport en propriété. Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un corps certain ou d'une chose qui n'est déterminée que quant à son espèce.

Lorsqu'il s'agit d'un corps certain, le consentement de l'apporter suffit, à moins de stipulation contraire, pour en transporter la propriété à la société qui, dès ce moment, en assume tous les risques. Lorsqu'il s'agit d'une chose indéterminée sauf quant à son espèce, la société n'en devient propriétaire que par

(1) Copie de l'alinéa correspondant de l'art. 1845 C. N.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Société*, n° 159.

(3) Le même auteur, n° 159 *bis*.

(4) Le nom, lorsqu'il constitue une marque de fabrique, peut s'apporter en propriété.

sa détermination, laquelle se confond ordinairement avec la livraison. Donc jusqu'à ce moment les risques sont pour l'associé débiteur de l'apport.

L'apport en jouissance peut se faire à titre de droit réel, comme dans l'usufruit, ou à titre de droit personnel, comme dans le cas du louage. L'associé est tenu de faire jouir la société dans le dernier cas, et seulement de la laisser jouir dans le premier.

Cette distinction est très importante. Si un droit personnel de jouissance a été accordé, l'associé est tenu d'une obligation successive, et la perte de la chose faisant cesser son apport entraîne la dissolution de la société. Donc dans ce cas les risques sont toujours à la charge de l'associé.

Si l'apport est effectué en usufruit, il faut se demander si c'est un usufruit proprement dit ou un quasi-usufruit. Au premier cas les risques sont à la fois pour l'associé propriétaire et pour la société, car si la chose périt par cas fortuit, l'associé perd son droit à la restitution de la chose et la société son usufruit, mais l'associé n'étant pas tenu de faire jouir la société, on ne peut dire qu'il se trouve sans apport. Au cas de quasi-usufruit, la société devient propriétaire et supporte tous les risques.

C'est dans ce sens qu'il faut entendre l'article 1846 qui se lit comme suit:

1846 "Les corps certains et déterminés qui ne se consomment "pas par l'usage et dont la jouissance seule est mise dans la "société, sont au risque de l'associé qui en est propriétaire.

"Les choses qui se consomment ou qui se détériorent en les "gardant, ou qui sont destinées à être vendues, ou qui ont été "mises en la société par l'associé sur estimation arrêtée, sont "aux risques de la société" (5).

---

(5) Cet article reproduit la substance de l'article 1851 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ajoute que "si la chose a été "estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation." Les codificateurs ajoutent qu'ils ont retranché cette dernière disposition comme étant inutile. De fait, elle ne souffre pas de doute.

Donc dans les quatre cas que mentionne le deuxième alinéa de cet article, la société devient propriétaire et assume tous les risques. L'associé peut réclamer, à la dissolution de la société, des choses semblables à celles qu'il a fournies, et au cas d'estimation de la chose apportée, le montant de cette estimation.

Il est évident que l'associé en retard d'effectuer son apport peut être mis en demeure de le faire. Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, cependant, cette mise en demeure n'est pas nécessaire pour faire courir les intérêts à l'égard de l'associé en défaut. Le premier alinéa de l'article 1840 le décrète en ces termes:

"L'associé qui manque de verser dans la société une somme "qu'il a promis d'y apporter devient débiteur des intérêts sur "cette somme à compter du jour qu'elle devait être payée" (6).

Cette règle s'applique-t-elle généralement quant aux fruits de toute chose que l'associé a promis apporter à la société? La question est controversée en France. La plupart des auteurs décident que les fruits sont dus sans mise en demeure. Les dissidents disent que la règle de l'article 1840, dérogeant au droit commun, ne doit pas être étendue à d'autres cas qu'à celui qui y est mentionné. Ils invoquent également l'autorité de Pothier (*Société*, nº 115). Il est à remarquer cependant que Pothier exigeait la mise en demeure pour faire courir l'intérêt sur les sommes d'argent (nº116) et le code n'a pas suivi son sentiment. On ne voit pas la raison non plus de distinguer entre les intérêts de l'argent et les fruits des choses promises. Remarquons que tout le monde reconnaît que l'associé est comptable des fruits qu'il a perçus, le désaccord a lieu quant aux fruits qu'il aurait pu percevoir. Ajoutons que lorsqu'il s'agit d'une société commerciale, il ne peut y avoir de question, car l'associé se trouve en demeure par le seul fait de l'échéance de son obligation (art. 1069).

(6) Cette disposition reproduit en substance le premier alinéa de l'article 1846 du code Napoléon. Notre code omet le troisième alinéa de l'art. 1846, qui dit: "le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu." Ce recours est accordé par notre article 1841.

Sans citer maintenant le deuxième alinéa de l'article 1840 qui se rapporte aux sommes que l'associé a retirées de la société, je puis dire que comme sanction de l'obligation de l'associé de fournir son apport et de payer l'intérêt sur les sommes qu'il a promis de verser à la société, l'article 1841 accorde en outre aux autres associés un recours en dommages-intérêts et en dissolution de la société. Cet article se lit comme suit:

1841 "Les dispositions contenues dans les deux articles qui "précèdent sont sans préjudice au recours des autres associés "pour dommages contre l'associé en défaut, et pour obtenir la "dissolution de la société suivant les règles énoncées au titre "*Des obligations* et dans l'article 1896" (7).

Quant à l'obligation de l'associé de fournir l'apport qu'il a promis, je puis citer deux décisions de nos tribunaux.

Dans la cause de *The Connecticut Railway Co.* v. *Comstock* (1 R. L., 589), il s'agissait d'une compagnie, mais les mêmes principes s'appliquent à la société. La cour d'appel y a jugé qu'un actionnaire ne peut refuser de payer le montant de sa mise parce que la compagnie aurait commis des actes illégaux de nature à déprécier la valeur des actions; et que de tels griefs peuvent donner lieu à des actions en dommages contre la compagnie ou contre les directeurs individuellement, mais ne peuvent opérer la résolution du contrat d'association.

Et dans la cause de *Whimbey* v. *Clark* (R. J. Q., 22 C. S., 453), la cour de révision a jugé que le défaut d'un associé d'offrir le montant qu'il a promis d'apporter ne prive pas nécessairement d'effet une promesse de former une société, avec une clause pénale au cas de non-exécution du contrat, l'associé en défaut étant obligé de payer l'intérêt, et l'autre associé pouvant demander des dommages et même la dissolution de la société si le défaut se continuait.

II. Obligation de garantir l'apport. — Il est naturel que l'associé soit tenu de garantir l'apport qu'il fournit à la société.

(7) Cet article n'existe pas textuellement dans le code Napoléon, mais la règle qu'il énonce se trouve à l'alinéa 3 de l'article 1846.

C'est du reste ce que porte en ces termes le deuxième alinéa de l'article 1839 :—

"Lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la "société en est évincée, l'associé en est garant de la même ma- "nière que le vendeur l'est envers l'acheteur" (8).

Il n'est question ici que de la garantie contre l'éviction. Cependant les auteurs admettent la garantie dans le cas des vices cachés. Les mêmes motifs s'appliquent dans un cas comme dans l'autre.

Le code assimile donc, sous ce rapport, la société à la vente. Il y aura partant garantie que l'éviction soit totale ou partielle, et elle sera également due dans le cas où des servitudes ou hypothèques non déclarées grèveraient l'immeuble apporté, ce qui peut constituer une éviction partielle.

Du reste, peu importe que l'apport soit fait en propriété ou en usufruit; la garantie a lieu dans l'un et l'autre cas.

III. Obligations des associés pendant les opérations sociales. — Il sera plus commode d'étudier ces obligations sous cette rubrique générale, sauf à en faire une classification plus détaillée.

1° *Travail qui incombe à l'associé pour atteindre le but de la société.*—Le contrat de société oblige les associés à coopérer les uns avec les autres pour faire réussir l'entreprise qui fait l'objet de la société. En d'autres termes, à moins que les conventions sociales ne les en dispensent ou ne comportent une autre interprétation, ils y doivent consacrer tout leur temps, toute leur industrie et les capitaux qu'ils se sont engagés d'y apporter. Si, au mépris de cette obligation, ils entreprennent d'autres entreprises, ils en doivent compte à la société. C'est du reste ce que porte l'article 1842 en ces termes :—

1842. "Un associé ne peut en son nom particulier faire au- "cune affaire ou commerce d'aventure qui prive la société de "l'habilité, de l'industrie ou des capitaux qu'il est tenu d'y em-

(8) C'est la copie du deuxième alinéa de l'article 1845 C. N.

"ployer. S'il le fait, il doit compte à la société des bénéfices de "ce négoce."

On ne peut comparer cet article qu'à l'article 1847 du code français, aux termes duquel les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société. Notre article paraît plus général, car il ne se restreint pas à l'espèce d'industrie qui fait l'objet de la société. Toutefois, pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 1842, il faut que le négoce ait privé la société de l'habilité, de l'industrie ou des capitaux que l'associé était tenu d'y employer. Donc il faut tout d'abord consulter les conventions sociales. Si l'associé n'a promis qu'une certaine somme, il est évident qu'il peut employer ses autres capitaux comme il l'entend. S'il n'a pas promis tout son temps, ses associés ne pourraient se plaindre de l'usage qu'il fait de ses loisirs. Cependant, si l'associé entreprend, pour son compte particulier, un négoce semblable à celui que fait la société, il échappera difficilement à l'obligation d'en rendre compte, surtout s'il se livre à ce négoce au siège de la société ou dans le territoire où elle opère. C'est ce qu'on décidait dans l'ancien droit (9).

Bien entendu, outre l'obligation de rendre compte de ses bénéfices, l'associé pourra être condamné à payer des dommages-intérêts à la société si celle-ci éprouve un préjudice que ces bénéfices ne compensent pas.

Il y a deux arrêts à noter sur l'application de l'article 1842.

Le premier, rendu par la cour d'appel dans une cause de *Berger* v. *Métivier* (1 D. C. A. 327), a jugé que lorsqu'une société a été formée par des menuisiers et entrepreneurs pour les ouvrages seulement qui seraient entrepris de l'assentiment des deux associés, chaque associé ayant le droit d'entreprendre pour son propre compte, il n'y avait pas ouverture à une action en reddition de compte par un des associés contre l'autre associé pour les bénéfices d'ouvrages entrepris par ce dernier pour son compte particulier. Ces prémisses étant posées, la conclusion qu'on en a tirée ne pouvait être douteuse.

(9) Pothier, *Société*, n° 120.

Le deuxième arrêt, *Coutu* v. *Guèvremont* (31 L. C. J., 188; 18 R. L., 18), a décidé que l'article 1842 ne se réfère qu'aux rapports des associés entre eux, et ne rend pas la société responsable. à l'égard des tiers, d'un contrat fait par un associé en son propre nom et non pas pour le compte de la société.

2° *Obligation de payer l'intérêt sur les sommes prises dans la caisse de la société.* Le deuxième alinéa de l'article 1840 dit: "il (l'associé) est également débiteur des intérêts sur "toutes les sommes prises dans la caisse de la société pour son "profit particulier, à compter du jour où il les en a tirées" (10).

Il est évident que cette disposition s'applique à toute somme d'argent qui appartient à la société, peu importe qu'elle ait été ou non versée dans la caisse. Et bien qu'il ne soit question ici que des sommes d'argent, on peut également affirmer que l'associé qui se sert, pour son compte particulier, de biens sociaux, en doit indemniser la société.

3° *Obligation de veiller aux intérêts de la société.* L'obligation de l'associé de veiller aux intérêts de la société n'a pas besoin d'être démontrée. L'associé ne peut préférer son intérêt personnel à l'intérêt social, car il violerait la convention qu'il a faite avec ses associés et qu'il doit exécuter de bonne foi.

De ce principe découlent plusieurs conséquences pratiques, outre celles que j'ai mentionnées plus haut.

Ainsi, aux termes de l'article 1845, "chaque associé est tenu "envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute. "Il ne peut compenser ces dommages avec les profits que la so- "ciété a retirés de son industrie dans d'autres affaires" (11).

Il n'y a ici qu'application du droit commun. La faute de l'associé qui porte préjudice à la société, personnalité distincte de celle des associés, engage sa responsabilité. Cette faute peut du reste être une faute de commission ou d'omission. Le cas

(10) Le deuxième alinéa de l'art. 1846 C. N. est au même effet.

(11) C'est en substance la reproduction de l'article 1850 du code Napoléon. On trouvera une application du principe de notre article dans la cause *Lalouette* v. *Delisle*, 8 L. C. R., 174.

fortuit n'engagera l'associé que s'il l'a provoqué par sa faute. C'est encore le droit commun qu'on applique ici.

L'article 1845 défend à l'associé de compenser ce dommage avec les profits que la société a retirés de son industrie dans d'autres affaires. Mais il peut opposer les profits qui résultent à la société de l'affaire même, car ces profits ont l'effet de diminuer ou même de faire disparaître le dommage. En d'autres termes, le résultat de l'affaire s'apprécie en bloc. Ce n'est pas là une compensation proprement dite, car, en dernière analyse, il s'agit de savoir si la société a éprouvé un préjudice et pour cela il est impossible de scinder l'affaire.

Nous trouvons encore une application du principe que l'associé ne peut préférer son intérêt individuel à l'intérêt social, dans l'article 1843 qui se lit comme suit:

1843. "Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une personne qui est aussi débitrice envers "la société, et que les dettes sont également exigibles, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur les deux "créances dans la proportion de leur montant respectif, encore "qu'il ait, par sa quittance, fait l'imputation seulement sur sa "créance particulière; mais si, par sa quittance, il a tout imputé "sur la créance de la société, cette imputation doit être maintenue" (12).

Il s'agit ici, enseigne-t-on, de l'imputation faite par le créancier; l'article 1843 ne s'appliquerait pas à l'imputation faite par le débiteur ni à l'imputation légale. Ce que notre article empêche, c'est que par son propre acte l'associé puisse se favoriser au détriment de la société (13).

Mais le débiteur, qui a reçu du créancier une quittance imputant tout le paiement sur sa propre dette, est-il déchargé vis-à-vis de ce créancier, malgré que, à l'égard de la société, cette imputation exclusive soit non avenue? Je le crois. L'article 1843 n'a d'autre but que de régler les droits et obligations des associés entre eux; je ne crois pas qu'on puisse s'en au-

(12) L'article 1848 C. N. est au même effet.
(13) Baudry-Lacantinerie, *Société*, n° 200.

toriser pour priver le débiteur du bénéfice d'une imputation qui a éteint la dette qu'il devait à l'associé personnellement.

Il y a, en France, controverse sur la question de savoir si l'article 1848 C. N. peut être étendu au cas de la compensation légale (14). Il me semble que la négative doit l'emporter.

Dans la cause de *Fortier* v. *Dupuis* (33 L. C. J., 163; 18 R. L., 244), la cour d'appel a jugé que la convention par laquelle le gérant d'une société en nom collectif a vendu certains effets de commerce appartenant à la société, avec stipulation que le prix des marchandises serait appliqué au paiement des dettes personnelles des associés envers l'acquéreur, est légale et lie la société, et permet à l'acquéreur de retenir le prix de ces marchandises en paiement d'une créance personnelle qu'il a contre le gérant, membre de la société.

L'article 1844 ajoute que "lorsque l'un des associés a reçu "sa part entière d'une créance de la société et que le débiteur "devient insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse "commune ce qu'il a reçu, encore qu'il ait spécialement donné "quittance pour sa part" (15).

L'associé n'a pas le droit de régler avec le débiteur pour la part qu'il lui reviendrait dans la créance due par ce dernier. Il préférerait ainsi son intérêt propre à celui de la société. Et si la société en éprouve préjudice, par exemple, par la faillite du débiteur, l'associé doit lui en tenir compte.

§II.—*Des droits des associés à l'égard de la société.*

Je vais indiquer succinctement ces droits des associés à l'égard de la société.

I. Droit d'être indemnisé des dépenses faites et des obligations encourues pour la société. — De même que l'associé doit rembourser à la société les sommes qu'il retire de sa caisse, de même la société doit l'indemniser des dépenses qu'il encourt

(14) Voy. Baudry-Lacantinerie, loc. cit., et note.
(15) C'est la copie en substance de l'art. 1849 C. N.

pour elle. C'est ce principe que l'article 1847 exprime en ces termes:

1847. "Un associé a action contre la société non seulement "pour le recouvrement des deniers qu'il a déboursés pour elle, "mais encore pour être indemnisé à raison des obligations qu'il "a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des "risques inséparables de sa gestion" (16).

Ainsi toutes les dépenses que l'associé fait dans l'intérêt de la société, comme les frais de voyage, le paiement de créances contre elle, les avances de deniers, sont sujettes à remboursement. La chose est tellement évidente qu'il n'y avait pas besoin d'un article spécial pour le dire.

Par application des principes du mandat (art. 1724), il faut décider que l'associé peut charger l'intérêt à compter de la date de ses avances; la mise en demeure n'est pas nécessaire à cette fin.

L'associé a également droit d'être indemnisé par la société des obligations qu'il contracte pour elle ainsi que, dit notre article, des risques inséparables de sa gestion. Ainsi l'associé, au cours d'un voyage entrepris dans l'intérêt de la société, est victime d'un vol, ou subit un accident pendant qu'il dirige des travaux entrepris par la société. Dans chacun des cas—si l'associé n'a pas causé le vol ou l'accident par son imprudence—il a droit à indemnité. Il faut naturellement qu'il y ait une relation de cause à effet entre la gestion de l'associé et le préjudice que celui-ci éprouve.

Mais bien que notre article dise que l'associé a action contre la société, souvent cette action ne sera que l'action *pro socio* (17). Toutefois, et sauf à discuter cette question plus loin, on peut dire qu'en principe, et pendant l'existence de la société, le droit d'action existe.

II. Droit de se servir des choses qui appartiennent à la société. — Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1851, "chaque as-

(16) L'art. 1852 C. N. est au même effet.

(17) Voy., dans ce sens, les causes de *Leduc* v. *Turcotte*, 5 L. C. J., 96, et *Lydon* v. *Casey*, 13 Q. L. R., 237.

"socié peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu "qu'il les emploie à leur destination accoutumée, et qu'il ne "s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à em-"pêcher ses associés d'en user selon leurs droits." (18).

Ce droit, on le voit, est sujet à plusieurs restrictions. Il peut d'ailleurs donner lieu à des dissensions entre les associés. Cependant, comme le législateur s'en exprime formellement, il n'y a qu'à donner tout l'effet possible à cette disposition.

III. Droit d'associer un tiers à sa part. — L'associé, malgré la société, conserve la libre disposition de sa part, mais il ne peut forcer ses coassociés à accepter le cessionnaire comme associé à sa place. "Chaque associé", dit l'article 1853, "peut, sans "le consentement de ses coassociés, s'associer une tierce personne "relativement à la part qu'il a dans la société. Il ne peut pas, "sans ce consentement, l'associer à la société."

La convention par laquelle un tiers est associé à la part d'un associé constitue une véritable société entre le tiers et l'associé; ce tiers est souvent désigné sous le nom de *croupier,* nom qu'on explique par le fait que l'associé le prend en croupe. Les droits du croupier, qui est étranger à la société, n'existent que vis-à-vis de l'associé qui est obligé de lui rendre compte des bénéfices qu'il a perçus, mais il peut, comme tout autre créancier, exercer les droits de son débiteur, si celui-ci s'y refuse, comme le peuvent du reste les coassociés de son associé.

L'associé peut-il céder toute sa part dans une société? On ne voit pas pour quelle raison il ne le pourrait, puisqu'il peut s'associer un tiers. Mais cette cession n'est pas opposable aux associés du cédant; à leur égard, la cession est non avenue et le cessionnaire n'acquiert aucun droit dans la société. On décide que le cédant à l'égard des tiers n'est pas responsable des dettes sociales contractées postérieurement à l'acte de cession, mais qu'il

(18) C'est la reproduction de l'alinéa correspondant de l'art. 1859 C. N.

Comme le texte de notre article 1851 le dit formellement, cette solution ne doit être adoptée qu'à défaut de stipulations contraires.

l'est vis-à-vis de ses coassociés. Je ne verrais pas de difficulté à accueillir cette solution si le cédant, dans les cas qui l'exigent, a donné avis de la cession de sa part, cet avis ayant le même effet quant aux tiers que l'avis que le cédant s'est retiré de la société (19).

Quelquefois les conventions de société donnent droit de préférence aux associés quand l'un d'eux veut vendre sa part, droit connu sou le nom de *retrait social*. Il n'y a qu'à donner effet à cette convention telle que stipulée.

Il y a, dans notre jurisprudence, plusieurs applications du principe qu'un associé ne peut, sans le consentement de ses coassociés, rendre un tiers membre de la société (20). Du consentement des parties, une société peut s'associer à une autre société.

Je puis renvoyer sommairement à une décision du juge DeLorimier, dans une cause de *DeMartigny* v. *Laviolette* (R. J. Q., 3 C. S., 115), où il fut jugé que malgré une clause du pacte social interdisant aux associés d'intéresser un tiers à leur part, et stipulant qu'au cas de décès d'un associé, la société continuerait avec ses représentants, il était loisible à quiconque, tiers ou associé, d'acquérir les droits que possèderaient un associé, ou ses représentants, à l'expiration de la société. Le savant juge a également décidé que le retrait social n'existe pas dans notre droit en l'absence d'une convention expresse accordant ce droit de préférence aux associés.

Notre code de procédure (art. 698) permet de faire saisir, par voie de saisie-arrêt, ce que la société peut devoir à l'un des associés. La déclaration de la société dans ce cas doit mentionner quelle est la part du débiteur, tant dans le capital que dans les profits de la société. Cette saisie demeure tenante pour les profits qui ne sont pas encore réalisés, et si, subséquemment à la saisie, la société devient débitrice du saisi ou si elle est dissoute, elle doit produire une nouvelle déclaration. Dans le but de ren-

(19) Sur ces questions, voy. Baudry-Lacantinerie, n[os] 231 et suiv.

(20) *Mullins* v. *Miller*, 1 L. C. J., 121; *Higginson* v. *Lyman*, 4 L. C. J., 329; *Singleton* v. *Knight*, conseil privé 15 App. Cas. 788.

dre la saisie efficace, le juge peut ordonner la production de livres, documents et états, et permettre l'interrogatoire de témoins.

Nous verrons que le jugement qui maintient une semblable saisie, est une cause de dissolution de la société commerciale (art. 1892).

§ III.—*De la gestion des affaires sociales.*

Le succès d'une entreprise dépendant très souvent de la manière dont elle est administrée, on conçoit que la gestion ou administration de la société est de la plus haute importance. On peut à cet égard indiquer deux hypothèses: ou bien les associés ont choisi un gérant par leurs conventions sociales ou par un acte postérieur; ou bien personne n'a été spécialement chargé de l'administration.

Premier cas.—Un gérant a été nommé.—Ce gérant peut être ou bien un associé ou une autre personne. Au dernier cas, il y a louage d'ouvrage, mais, vis-à-vis des tiers, la société se trouve liée par les actes d'un gérant étranger comme par ceux d'un gérant associé.

Le gérant peut être nommé par les conventions sociales ou par un acte subséquent. Lorsqu'il a été nommé par une clause speciale du contrat on peut dire que sa nomination a été l'une des considérations de la société. Il en résulte d'ordinaire que ses pouvoirs sont plus grands et le contrôle des autres associés moins puissant. Il en résulte aussi que son mandat est irrévocable en ce sens qu'il ne peut être révoqué *ad nutum.* C'est ce que décrète d'ailleurs en ces termes l'article 1849:—

1849. "L'associé chargé de l'administration de la société par "une clause spéciale du contrat, peut faire, nonobstant l'opposi- "tion des autres associés, tous les actes qui dépendent de son ad- "ministration, pourvu que ce soit sans fraude.

"Ce pouvoir d'administrer ne peut être révoqué sans cause suf- "fisante, tant que la société dure; mais s'il n'a été donné que par "un acte postérieur au contrat il est révocable comme un sim- "ple mandat" (21).

---

(21) C'est la copie de l'art. 1856 C. N.

Les pouvoirs du gérant sont le plus souvent indiqués par les conventions sociales; en l'absence de dispositions à cet égard leur étendue dépend de l'objet de la société. Ainsi, si c'est une société formée pour l'achat et la vente des immeubles, le gérant fait acte d'administration en achetant ou en vendant un immeuble, tandis que si la société est une société commerciale ordinaire. le gérant ne pourra, sans le consentement des autres associés, faire des acquisitions immobilières.

Le gérant peut-il emprunter pour le compte de la société? Il ne s'agit pas, bien entendu, de l'escompte des effets de commerce; c'est là une opération journalière de tout commerce dont le chiffre d'affaires excède le capital. En dehors de ce cas il faut dénier au gérant le pouvoir d'emprunter, car il ne compète en général qu'à celui qui a le pouvoir d'aliéner (22). Pour la même raison le gérant ne peut hypothéquer.

D'une manière générale on déterminera si le gérant peut faire un acte quelconque en se demandant si cet acte constitue un acte d'administration. Ainsi le gérant reçoit les créances, choisit et révoque les employés, fait faire les réparations. Mais il ne peut transiger, ni compromettre, ni faire des constructions sur les terrains de la société ou sur d'autres terrains, à moins que le but de la société ne soit la construction d'édifices ou habitations.

Les actes interdits au gérant peuvent être autorisés du consentement unanime des associés.

L'article 1849 fait une distinction quant à la révocation du gérant selon qu'il a été nommé par le contrat de société ou par un acte subséquent. J'ai dit qu'au premier cas les associés lui ont confié un mandat irrévocable, ce qui, bien entendu, n'exclut pas la révocation pour cause jugée suffisante par le tribunal (23). Au second cas, dit notre article, ses pouvoirs peuvent être révoqués comme un simple mandat. Il y a controverse sur la question de savoir si un seul des associés peut révoquer le gérant nommé subséquemment au contrat. Il semble qu'il n'y a

(22) Baudry-Lacantinerie, n° 303.

(23) Ce n'est pas à son égard que le mandat est irrévocable, mais à l'égard des associés.

qu'à appliquer les règles du mandat. J'ai dit plus haut (24) que lorsque plusieurs personnes confèrent un mandat dans leur intérêt commun, ce mandat ne peut être révoqué que du consentement de tous les mandants. Je ne vois pas pour quelle raison on en déciderait autrement dans le cas d'un mandat conféré par les associés en dehors de l'acte de société. Il y a toutefois controverse sur cette question en France (25).

Bien entendu tout associé peut demander la révocation pour cause d'un gérant infidèle (26).

Lorsque le gérant est révoqué et que les associés n'en nomment pas un autre, l'administration de la société appartient à tous les associés.

Il n'a été question jusqu'ici que de la nomination d'un seul gérant. Il se peut, cependant, que l'acte de société ou la convention subséquente en nomme plusieurs. L'article 1850 a pourvu à cette hypothèse en ces termes:—

1850. "Lorsque plusieurs des associés sont chargés de l'ad-"ministration des affaires de la société généralement, sans stipu-"lation que l'un ne pourra agir sans les autres, chacun d'eux "peut agir séparément; mais si cette stipulation existe, l'un "d'eux ne peut agir en l'absence des autres, lors même qu'il est "impossible à ces derniers de concourir à l'acte" (27).

Il résulte de cette disposition que si l'administration a été partagée parmi les administrateurs, chacun d'eux ne peut faire que les actes qui rentrent dans les fonctions qui lui ont été attribuées. C'était la solution de Pothier.

L'article 1850 étant très clair il est évident que lorsqu'il a été stipulé que l'un des gérants ne pourra agir sans les autres, l'urgence de l'affaire à conclure n'est pas une raison de méconnaître cette règle. Il y a toutefois controverse sur ce point (28). S'il

---

(24) *Supra, p.* 98.

(25) Voy. Baudry-Lacantinerie, n° 296.

(26) Le même auteur à l'endroit cité à la note qui précède.

(27) Notre article reproduit en substance les art. 1857 et 1858 du code Napoléon.

(28) Baudry-Lacantinerie, n° 310.

s'agit d'un danger soudain, l'associé-gérant, qui se trouve dans l'impossibilité de consulter les autres gérants, trouvera dans la gestion d'affaires le moyen de se faire rembourser de ses dépenses utiles.

Les associés qui n'ont pas la qualité de gérants ne peuvent que contrôler ou surveiller l'administration des gérants. Ils ne peuvent s'y immiscer. S'ils font des dépenses pour des actes d'administration, ils n'ont point de recours contre la société à moins que celle-ci n'en ait profité, et alors l'indemnité ne leur est due que jusqu'à concurrence du profit.

Nous avons, du reste, à ce sujet, la disposition de l'article 1852 qui dit que "l'associé qui n'a pas le droit d'administrer ne "peut aliéner ni autrement engager les choses qui appartiennent "à la société, sauf les droits des tiers, tel qu'énoncé ci-"après" (29).

En rapport avec cet article, je puis dire qu'il a été jugé, dans la cause de *Poston* v. *Watters* (1 R. C., 245; 2 R. L., 736), qu'un associé n'a pas le droit de disposer des biens de la société pour son propre bénéfice, et, dans la cause de *Béique* v. *Dumond* (12 R. L., 436), que celui qui poursuit en son nom personnel le recouvrement d'une créance qui appartient à la société, n'engage pas celle-ci pour les frais de l'action.

Deuxième cas. — Aucun gérant n'a été nommé. — Lorsque les associés n'ont pas nommé un gérant, ils ont tous un pouvoir égal et sont les mandataires les uns des autres. L'article 1851 pourvoit à cette hypothèse comme suit :—

1851. "A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'ad-"ministration des affaires de la société, l'on suit les règles sui-"vantes :—

"1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le "pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et ce que chacun fait "oblige les autres, sauf le droit de ces derniers, soit ensemble, "soit séparément, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit "conclue ;

(29) Sauf la réserve des droits des tiers notre article reproduit l'article 1860 du code français.

"2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la "société, pourvu qu'il les emploie à leur destination accoutumée, "et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de "manière à empêcher ses associés d'en user selon leurs droits;

"3° Chaque associé peut obliger ses coassociés à faire avec lui "les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des cho- "ses de la société;

"4° L'un des associés ne peut changer l'état des immeubles "de la société sans le consentement des autres, quand même il "établirait que les changements sont avantageux" (30).

Repassons les différentes règles que cet article énonce:

1° Chaque associé a le droit d'administrer et les actes d'administration qu'il accomplit lient ses coassociés. Cependant, ajoute notre article, les autres associés, ou même l'un d'eux, ont le droit de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue.

Il est clair que ce pouvoir de *veto* peut entraver les opérations sociales. Aussi la plupart des auteurs enseignent-ils que la volonté de la majorité des associés lie la minorité. Ils invoquent des motifs d'utilité pratique, car autrement, disent-ils, l'un des associés pourrait rendre les opérations sociales absolument impossibles. On peut répondre que les associés auraient pu prévenir ce danger en donnant à la majorité, par une clause expresse du contrat de société, le droit d'écarter l'opposition de la minorité. En l'absence d'une telle stipulation, il n'y a point de texte qui donne ce pouvoir à la majorité; au contraire, l'article 1851 permet à l'un des associés de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue, et ce droit serait illusoire si l'associé était lié par le vœu de la majorité. Je ne crois pas qu'on puisse invoquer l'art. 17, § 19, qui dit que "lorsqu'un acte doit être "exécuté par plus de deux personnes, il peut l'être valablement "par la majorité de ces personnes, sauf les cas particuliers d'ex- "ception." Ici l'acte, soit d'administration ou d'opposition, peut être fait par un seul associé, et du reste notre article reconnaît le droit de *veto* des associés, soit ensemble, *soit séparément*. Je

(30) En substance, notre article reproduit l'article 1859 C. N.

crois qu'aucune distinction n'est possible en présence de cette disposition (31).

Et d'ailleurs s'agirait-il de la majorité absolue ou de la majorité relative, et dans le calcul de cette majorité tiendrait-on compte de la part dans le capital social qui appartient aux divers associés? On ne s'entend pas sur cette question et il me semble que toutes les solutions qui reconnaissent un tel droit à la majorité sont arbitraires.

Si à cause d'oppositions répétées la société ne peut fonctionner, il y aura lieu d'en demander la dissolution. Nul doute, du reste, que l'associé qui produit une opposition mal fondée, dans le seul but de nuire à la société, est passible de dommages-intérêts, car il abuse d'un droit.

On décide que l'acte accompli malgré l'opposition d'un associé est nul même à l'égard des tiers qui ont ignoré cette opposition (32). Je ne crois pas toutefois que cette décision puisse s'appliquer aux sociétés en nom collectif, à cause de la disposition de l'article 1866.

Lorsque l'acte fait par un associé, gérant ou non, dépasse ses pouvoirs et n'a pas été ratifié, la société n'est pas tenue de l'obligation qui en découle, à moins toutefois qu'elle n'en ait profité (art. 1855).

2° Chaque associé a le droit de se servir des choses qui appartiennent à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination accoutumée, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leurs droits. J'ai expliqué cette disposition plus haut, p. 202.

3° Chaque associé peut obliger ses coassociés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société.

Il ne peut guère y avoir de difficulté sur ce point. La seule question qui soit susceptible de discussion c'est celle de savoir si la dépense est nécessaire, et, en cas de contestation, elle sera tranchée par le tribunal.

(31) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 318.

(32) Baudry-Lacantinerie, n° 322.

4° L'un des associés ne peut changer l'état des immeubles de la société sans le consentement des autres, quand même il établirait que ces changements sont avantageux.

Il est clair que de tels actes ne seraient pas des actes d'administration. Mais des changements ou aménagements de peu de conséquence ne tombent pas sous le coup de cette règle (33).

Enfin, comme remarque générale, disons que les règles que j'ai rapportées souffrent exception dans le cas des sociétés commerciales. Nous verrons que ces sociétés sont de diverses sortes, et le législateur a pris soin de déterminer les droits des associés et des tiers sous les différentes formes que la société commerciale peut assumer. Il suffira donc de renvoyer à ce que j'en devrai dire plus loin. Pour cette raison je n'ai pas besoin de citer ici les arrêts rendus dans des causes où il s'agissait de sociétés en nom collectif.

§ IV.—*Du partage des bénéfices et des pertes.*

Nous n'avons qu'un seul article sur ce sujet. C'est l'article 1848 qui se lit comme suit:—

1848. "Lorsqu'il n'y a pas de stipulation relativement à la "part de chaque associé dans les bénéfices et les pertes de la so- "ciété, ils se partagent également."

Les codificateurs indiquent cet article comme étant de droit nouveau. Dans l'article 15 du projet ils énoncent la règle du droit existant en reproduisant la doctrine de Pothier (*Société*, n° 73) qui, en l'absence de stipulations quant au partage des bénéfices, admettait le partage égal comme règle et le partage proportionnel comme exception, lorsque la valeur des apports des associés, en deniers, industrie ou autrement, avait été déclarée dans l'acte de société. Les codificateurs ont adopté, au contraire, la doctrine du droit romain qui assignait des parts égales aux associés, nonobstant l'inégalité de leurs mises, lorsqu'il n'y avait pas de stipulation contraire. Le code Napoléon (art. 1853) a opté pour la solution diamétralement opposée, en déclarant que

(33) Baudry-Lacantinerie, n° 326.

la part de chaque associé est en proportion de sa mise, et cela qu'il y ait eu estimation de la mise ou non. Et lorsqu'un des associés n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

Le code français contient une autre règle que notre code n'a pas reproduite. Aux termes de l'article 1854 de ce code, si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité, et nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si le règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution. Cet article, bien qu'il fût conforme à l'ancien droit, n'a pas été reproduit par notre code. Il va sans dire que les parties peuvent, par une stipulation spéciale, adopter ce mode de régler leur part dans les bénéfices ou les pertes.

Pour revenir à notre article 1848, sa règle est si simple qu'elle peut se passer d'explication. Elle est fondée sur l'intention présumée des associés qui ont omis de s'expliquer sur le partage des bénéfices et des pertes. Il est évident que les parties peuvent régler ce partage comme elles l'entendent, à la condition toutefois de ne point accorder tous les bénéfices à l'un des associés ou d'en priver entièrement l'un d'eux (art. 1831). Si elles établissent une règle pour le partage des bénéfices, sans parler des pertes, celles-ci se partageront dans la même proportion.

Souvent on attribue à l'un des associés—le plus souvent le gérant—soit un traitement périodique, soit une part dans les bénéfices. Il n'y a guère de difficulté quant au traitement; l'associé a loué ses services et ce qu'il reçoit est un salaire. La solution n'est pas aussi facile lorsque l'on attribue à un associé une part des bénéfices. Toutefois, s'il appert que les parties ont voulu rétribuer les services rendus par l'associé, que cette part des bénéfices lui est payée avant tout partage et comme partie des frais généraux, il n'y a point de doute que c'est un simple salaire et qu'on ne peut l'imputer sur sa part de bénéfices (34).

(34) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 249 et note (3), p. 152.

Remarquons que, vis-à-vis des tiers, les associés sont appelés à partager également dans les pertes, encore que leurs parts dans la société soient inégales (art. 1854) Ajoutons que dans les sociétés commerciales les associés sont conjointement et solidairement tenus au paiement de toutes les dettes sociales. Il sera question, dans le chapitre qui suit, de cette responsabilité des associés à l'égard des tiers.

CHAPITRE TROISIEME. — Des obligations des associés envers les tiers.

Les dispositions que je vais citer ne s'appliquent pleinement qu'aux sociétés civiles; elles sont la conséquence du principe que la solidarité ne se présume pas. C'est ce que décrète l'article 1854 en ces termes:

1854. "Les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales. Ils sont tenus envers le créancier chacun pour "une part égale, encore que leurs parts dans la société soient iné-"gales.

"Cet article ne s'applique pas aux sociétés commerciales" (1).

Donc le tiers qui contracte avec une société non commerciale

(1) Deux articles du code français correspondent à notre article 1854, les articles 1862 et 1863. Le premier ne fait qu'énoncer le principe que dans les sociétés, autres que les sociétés de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et que l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont pas conféré le pouvoir. L'article 1863 dit que les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égale, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, "si l'acte (on entend par ce mot "*acte*" l'engagement "pris envers le créancier) n'a pas spécialement restreint l'obligation "de celui-ci sur le pied de cette dernière part." Toutefois, ces mots n'ajoutent rien à la disposition, car il est clair que le créancier peut renoncer à réclamer d'un des assocés le paiement de sa part virile et restreindre son recours à l'intérêt que l'un d'eux possède dans la société.

peut demander à chaque associé le paiement de sa quote-part de la dette, et il importe peu que l'acte de société ait distribué les pertes inégalement; cette convention, bonne entre les associés, ne peut être opposée à leurs créanciers s'ils ne l'ont pas acceptée.

Naturellement, si l'obligation est indivisible, le créancier pourra, d'après le droit commun, en réclamer l'accomplissement à l'un des associés.

Je suppose, bien entendu, que le tiers contracte avec la société. S'il fait un contrat avec un des associés, il ne lui suffit pas d'insérer à l'acte la déclaration que le contrat est fait pour le compte de la société; il faut qu'il soit en mesure de démontrer que l'associé a agi avec l'autorisation expresse ou implicite de ses coassociés. C'est ce principe bien évident que l'article 1855 énonce en ces termes:—

1855. "La stipulation que l'obligation est contractée pour la "société ne lie que l'associé contractant, lorsqu'il agit sans l'au-"torité expresse ou implicite de ses coassociés; à moins que la "société n'ait profité de tel acte, et dans ce cas tous les associés "en sont tenus" (2).

Complétons cette disposition en citant immédiatement l'article 1856.

1856. "La responsabilité des associés à raison des actes les "uns des autres est sujette aux règles contenues au titre *Du man-"dat,* lorsqu'elle n'est pas réglée par quelque article du présent "titre" (3).

Donc il n'y a en tout cela qu'à appliquer les règles du mandat. L'associé qui fait un contrat pour le compte de la société prend la qualité de mandataire. Son mandat peut être exprès ou implicite. S'il n'y a point de gérant, l'associé, nous l'avons vu, a un mandat implicite pour les actes d'administration. S'il y a un gérant, le tiers agira prudemment en se faisant communiquer la convention qui l'a nommé.

D'après les mêmes principes, l'associé qui contracte sans pouvoir ou qui dépasse les bornes de son mandat, s'engage person-

(2) L'article 1864 C. N. est au même effet.

(3) Cet article ne se trouve pas au code français.

nellement pour le tout, à moins qu'il ne donne au tiers une connaissance suffisante de ses pouvoirs (art. 1717). S'il agit avec l'autorisation expresse ou implicite de ses coassociés, l'engagement est celui de la société, et l'associé contractant n'en devra que sa part. Si, au contraire, l'associé contracte en son propre nom, et sans égard à la société, il ne lie pas cette dernière (4) en l'absence d'un mandat l'autorisant à agir ainsi.

Si le créancier ne peut se baser sur un mandat exprès ou implicite, il lui reste encore la ressource de démontrer que la société a profité du contrat fait en son nom. Il semble cependant que la société ne peut être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument, car son obligation — je ne parle pas du cas de la ratification qui équivaut au mandat—découle du fait de cet émolument. Et dans ce cas on enseigne, et cela me paraît logique, que les associés sont obligés, non pas selon leur part virile, mais d'après la part que les conventions sociales leur donnent dans l'actif de la société, car c'est dans cette mesure seulement qu'ils profitent de l'émolument (5).

La jurisprudence à citer sous les articles que je viens de rapporter, en excluant les décisions qui se rapportent à la société commerciale qui trouveront place plus loin, n'est pas bien importante.

Ainsi, dans la cause de *Howard* v. *Stuart* (6 L. C. J., 256), il a été jugé qu'un associé ne peut offrir en compensation une dette de la société dont il fait partie, et qu'une dette contractée par les associés individuellement n'est pas due par la société.

Dans une cause de *Ouimet* v. *Bergevin* (22 L. C. J., 265), la cour d'appel a décidé que des avocats pratiquant en société sont conjointement et solidairement responsables des sommes qu'ils reçoivent pour leurs clients et qu'un avocat qui a mis son nom dans une telle société ne peut prétendre qu'il n'est pas associé.

Cependant, la même cour a jugé, dans la cause de *Drouin* v.

---

(4) Voy. *Coutu* v. *Guévremont* (31 L. C. J., 188; 18 R. L., 18). Le principe est bien posé dans les notes du juge Johnson. Voy. aussi l'article 1866 et son explication *infra*.

(5) Baudry-Lacantinerie, n° 346.

Gauthier (9 R. de J., 176; 5 Q. P. R., 211), que les membres d'une société civile, dans l'espèce une société d'avocats, ne sont pas responsables solidairement, mais seulement chacun pour sa part, du montant d'un billet portant la signature sociale. La cour a exprimé l'opinion que les dettes, même commerciales, que contracte une société civile, ne sont pas dues par les associés conjointement et solidairement.

Observons, quant à ces deux décisions, que le premier se justifie par les règles du mandat, car des avocats pratiquant en société, qui perçoivent une somme d'argent pour un client, sont tous les mandataires de ce client, et la responsabilité des mandataires conjoints est solidaire (art. 1712). Le deuxième arrêt statue sur une dette contractée par une société d'avocats, société civile, en dehors de toute idée de mandat.

Pour reprendre cette revue de jurisprudence, disons que le juge Johnson a décidé, dans la cause de *Loranger* v. *Dupuy* (5 L. N., 179), que des personnes faisant affaires sous une raison sociale comme syndics officiels et courtiers, sont conjointement et solidairement responsables des dettes de la société. Le savant juge a regardé cette société comme étant commerciale; il a aussi invoqué la décision de la cour d'appel dans la cause de *Ouimet* v. *Bergevin,* qui certes ne pouvait trouver aucune application dans l'espèce.

Le juge Champagne a jugé, dans la cause de *Vincent* v. *Gaudry* (R. J. Q., 9 C. S., 415), qu'une société de bienfaisance (dans l'espèce une société ouvrière) qui, moyennant une contribution périodique, s'engage à payer à ses membres malades une certaine somme par semaine, n'est pas une association commerciale; et que lorsqu'une telle société n'est pas constituée en corporation, la responsabilité de ses membres pour le montant de l'indemnité à laquelle un des sociétaires a droit, n'est pas conjointe et solidaire.

Et, quant aux engagements contractés sans autorité par un associé, il a été décidé par le juge Mathieu, dans une cause de *Béique* v. *Dumont* (12 R. L., 436), que le tiers, qui a contracté avec un associé personnellement, n'a pas de recours contre la société, même si cette dernière a bénéficié de l'acte de l'associé.

s'il est établi que le tiers et l'associé n'ont pas entendu contracter avec ou pour la société.

Dans la cause de *Singleton* v. *Knight* (13 A. C., 788; 13 Q. L. R., 70; 14 Q. L. R., 39, 547), qui est allée jusqu'au conseil privé, il s'agissait d'un associé qui avait prêté, sans la connaissance de ses coassociés, une somme d'argent à une personne faisant partie d'une autre société, avec stipulation que l'emprunteur en servirait l'intérêt et de plus qu'il payerait à la société du prêteur une moitié des bénéfices de la société dont il faisait partie. Il fut jugé que les coassociés du prêteur n'étaient pas liés par le contrat, dont ils n'avaient pas tiré profit.

Je puis également citer la cause de *The Commercial Mutual Building Society of Montreal* v. *Sutherland* (32 L. C. J., 100; M. L. R., 4 Q. B., 52), où la cour d'appel a jugé que lorsqu'un associé, autorisé à emprunter des deniers, avait, sans la connaissance de ses coassociés, détourné les fonds d'une société de construction dont il était secrétaire, et employé ces fonds pour le bénéfice de la société (société commerciale) dont il faisait partie, en entrant le produit dans les livres, comme des emprunts, ses coassociés étaient conjointement et solidairement responsables des deniers détournés, tout comme si un emprunt régulier avait été effectué (6).

CHAPITRE QUATRIEME. — DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

Logiquement ce chapitre aurait dû se trouver au commencement de ce titre. Je préfère toutefois suivre l'ordre du code qui s'explique d'ailleurs par le fait que les codificateurs ont voulu poser d'abord les règles qui s'appliquent, sauf quelques exceptions, à toutes les sociétés. Ici, ils font la classification des sociétés et formulent les règles qui s'appliquent à chaque espèce.

La première division des sociétés dont il sera question ici,

---

(6) Voy., cependant, la cause de *Shaw* v. *Caldwell* (17 Supreme Court Reports, p. 357, citée *infra*, p. 230).

c'est celle des sociétés *universelles* et des sociétés *particulières*. Après avoir étudié cette classification nous aurons à nous occuper d'une seconde division plus importante que la première, celle des sociétés *civiles* et des sociétés *commerciales*. L'article 1857 indique ces deux grandes divisions en ces termes :—

1857. "Les sociétés sont universelles ou particulières ; elles "sont aussi ou civiles ou commerciales" (1).

Section I. — Des sociétés universelles.

Les sociétés universelles sont très anciennes. Sous le droit romain on en reconnaissait de deux genres, la société de tous les biens (*omnium bonorum*), et la société de tous gains (*omnium quae ex quaestu veniunt*). C'est aussi cette classification que le code énonce comme suit :—

1858. "La société universelle peut être de tous les biens ou "de tous les gains des associés" (2).

La société universelle est d'un usage très rare, je n'en connais même qu'un seul exemple dans notre jurisprudence (3). Elle comporte, dans sa première forme, aliénation de tous les biens des associés, et apport de tous leurs gains, et, dans sa deuxième forme, tous les gains que les associés peuvent faire de quelque manière que ce soit. Elle peut aisément, on le comprend, recéler une donation, et pour cette raison le code Napoléon (art. 1840) décrète que nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. Notre code ne reproduit pas cette disposition, et il faut décider que toutes personnes capables d'aliéner leurs biens, l'une en faveur de l'autre, peuvent

(1) L'article 1835 C. N. ne parle que des sociétés universelles et particulières.

(2) L'article 1836 du code français, qui correspond à notre article, qualifie le mot "biens" de l'adjectif "présents".

(3) Voy. la cause de *Walker* v. *Lamoureux*, R. J. Q., 21 C. S., p. 492 et R. J. Q., 13 B. R., p. 209.

contracter une société universelle, sauf à se demander, dans chaque espèce, si réellement la société cache une donation déguisée, et alors elle ne peut être consentie que par ceux qui peuvent donner l'un à l'autre.

I. Société universelle de tous biens. — Aux termes de l'article 1859, "dans la société universelle de tous biens, tout ce que "les associés possèdent en biens meubles ou immeubles, et tous "leurs gains présents et futurs sont mis en commun."

Je dois tout d'abord faire constater une différence essentielle entre notre droit et le droit français moderne. En faisant la distinction entre les deux espèces de sociétés universelles, l'article 1836 du code Napoléon parle de la société de tous biens *présents,* et l'article 1837 complète la pensée du législateur en disant que la société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent *actuellement* et les profits qu'elles pourront en tirer. Cet article ajoute: "elles (les parties) peuvent "aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens "qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs, "n'entrent dans cette société que pour la jouissance: toute sti-"pulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est "prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé "à leur égard."

En cela le code Napoléon a innové et au droit romain et à l'ancien droit français. A Rome la société *omnium bonorum* comprenait tous les biens présents et à venir des associés (4). Il en était de même en France jusqu'à la Révolution (5). Les successions, les legs, les donations y étaient compris (6).

Le code Napoléon, pour le même motif qui a présidé à la rédaction de son article 1840—c'est-à-dire que la société universelle peut servir de masque à une donation (7) et que les dona-

---

(4) Accarias, *Précis de droit romain*, t. 2, n° 623.

(5) Pothier, *Société*, n° 29.

(6) Domat, *Les lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sec. III, n° 4, éd. Rémy, t. 1er, p. 267.

(7) *Supra*, p. 218.

tions de biens à venir sont prohibées hors contrat de mariage—a restreint la société universelle de tous biens aux biens présents des associés.

Il faut décider que notre code maintient le système du droit romain et de l'ancien droit. Le texte de notre article 1859 (version française), lorsqu'il parle de tout ce que les associés *possèdent,* peut, il est vrai, donner lieu à équivoque, mais la version anglaise de cet article est absolument claire et écarte tout doute (8).

Donc la société universelle de tous biens comprend, à moins de clause contraire, tous les biens présents et à venir des associés, ainsi que tous leurs gains également présents et futurs. Si, en fait, les parties se sont servies du masque de la société universelle pour se faire l'une à l'autre une donation de biens à venir hors contrat de mariage, nul doute que le contrat sera nul. Il en sera de même si on s'est imaginé de faire par le même moyen un pacte sur succession future (9). Mais comme les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation (art. 1061), il n'y avait pas de raison de les exclure de la société universelle de tous biens, qui, en soi, est un contrat à titre onéreux.

Cependant, la portée de la société universelle de tous biens est si considérable, qu'on n'en présume pas facilement l'existence. Elle ne résulterait pas notamment de la stipulation que les parties forment une société universelle, il faut qu'elles disent expressément qu'elles entendent faire une société universelle de tous biens. C'est la disposition de l'article 1860 qui se lit comme suit:—

(8) Voici le texte de la version anglaise (l'original à mon avis puisque, dans le rapport des codificateurs, elle est suivie des autorités citées par eux) de l'article 1859:

1859. "In universal partnership of property all the property of the "partners, movable and immovable, and all their gains, as well pre-"sent as future, are put in common."

(9) Le seul fait de comprendre expressément les successions futures dans un contrat de société universelle de tous biens ne suffirait pas pour faire décider qu'il y a pacte sur succession future, car ces successions futures y sont comprises sans stipulation expresse.

1860. "Les parties qui contractent une société universelle "sont présumées n'avoir intention que de faire une société pour "les gains, à moins que le contraire ne soit expressément sti-"pulé" (10).

Le code ne parle ici que de l'actif de la société de tous biens. Il est évident que son passif comprend toutes les charges de ces biens, tant présentes que futures. Pothier (11) ajoute que cette société est tenue, non seulement de toutes les dettes dont chacun des associés était débiteur lorsqu'ils ont contracté la société, mais de toutes les dépenses que chacun des associés sera obligé de faire durant la société, ces dépenses comprenant non seulement celles faites pour les aliments de l'associé et de ses enfants et pour leur éducation, mais généralement toutes les dépenses raisonnables auxquelles la bienséance pourra engager chacun des associés durant la société, pourvu qu'elles soient faites avec une sage économie, eu égard aux facultés de la société et à la qualité des associés.

Le même auteur (nos 39 et suiv.) exclut du passif de la société universelle de biens les folles dépenses que ferait l'un des associés, les dettes de jeu ou de débauche ainsi que les amendes ou réparations civiles auxquelles l'associé serait condamné pour cause de délit, excepté au cas où la société aurait profité de ce délit.

II. Société universelle de gains. — L'article 1861 explique en ces termes la composition de la société universelle de gains :—

1861. "Dans la société universelle des gains, est compris tout "ce que les associés acquièrent par leur industrie, dans quelque "occupation qu'ils soient engagés, pendant le cours de la société. "Les biens meubles et la jouissance des immeubles que chacun "des associés possède au temps du contrat y sont compris, mais "les immeubles eux-mêmes n'y entrent pas" (12).

---

(10) L'art. 1839 C. N. est au même effet.

(11) *Société*, n° 37.

(12) Cet article reproduit en substance l'article 1838 du code français, sauf que ce dernier article qualifie le mot "immeubles" de l'adjectif "personnels".

Notre article est conforme à l'ancien droit, mais diffère du droit romain qui ne faisait entrer les biens des associés dans la société que pour la jouissance.

La société universelle de gains se compose donc des éléments qui suivent:—

1° Les meubles présents;

2° La jouissance des immeubles présents (13);

3° Tout ce que les associés acquièrent, durant la société, par leur industrie.

Dans cette dernière catégorie il faut comprendre tout ce que les associés acquièrent par leur travail. L'article ne distingue pas et on doit compter parmi les biens qui entrent dans l'actif social, les biens de toute nature, meubles ou immeubles, que les associés acquièrent comme prix de leur travail. Les mots "mais les immeubles eux-mêmes n'y entrent pas", à la fin de l'article 1861, se réfèrent à mon avis aux immeubles que les associés possèdent lors de la société. Telle me paraît du reste avoir été la pensée de Pothier (nos 47 et suiv.). Ce que les associés acquièrent à titre de don ou de succession n'entre pas dans la société.

Quant aux charges de la société, Pothier (nos 52 et 53) n'y comprend que les dettes mobilières que les associés doivent lors du contrat de société, ainsi que celles qu'ils contractent pendant la société et pour ses affaires.

Il va sans dire que les associés peuvent modifier la composition de l'actif ou du passif de la société, et ceci s'applique à la société universelle de tous les biens comme à la société universelle de gains.

Section II. — Des sociétés particulières.

L'article 1862 contient une définition de la société particulière.

---

(13) Par meubles ou immeubles *présents*, il faut entendre — et ce sont les termes mêmes de notre article — les meubles ou immeubles que les associés possèdent lors du contrat, c'est-à-dire non pas seulement ceux dont ils sont actuellement propriétaires, mais aussi ceux dont ils sont possesseurs, comme ceux qu'ils sont en voie de prescrire. Baudry-Lacantinerie, n° 140; Guillouard, *Société*, n° 106.

1862. "Les sociétés particulières sont celles qui ne s'appli-"quent qu'à certaines choses déterminées. La société contrac-"tée pour une entreprise désignée, ou pour l'exercice de quelque "métier ou profession, est aussi une société particulière" (14).

Presque toutes les sociétés qu'on rencontre dans la pratique sont des sociétés particulières.

Section III. — Des sociétés commerciales.

Une division plus pratique des sociétés que celle qui les sépare en universelles et particulières, est la division des sociétés civiles et des sociétés commerciales. La distinction entre les deux est des plus importantes.

I. Définition. — L'article 1863 définit en ces termes la société commerciale et la distingue en même temps de la société civile:

1863. "Les sociétés commerciales sont celles qui sont con-"tractées pour quelque trafic, fabrication ou autre affaire d'une "nature commerciale, soit qu'elle soit générale, ou limitée à une "branche ou aventure spéciale. Toute autre société est ci-"vile" (15).

Cet article a le défaut de résoudre la question par la question en disant que la société commerciale est celle qui est contractée pour une affaire d'une nature commerciale. Il n'était peut-être pas facile d'en faire autrement, car j'ai fait remarquer ailleurs l'extrême difficulté pour ne pas dire l'impossibilité qu'il y a de définir l'acte de commerce (16). Disons donc—puisque nous ne pouvons faire mieux que le législateur—que c'est par son objet qu'on détermine le caractère de la société, et que si cet objet est commercial, la société sera elle-même commerciale. Toute autre société, dit notre article, est civile.

---

(14) La seule différence entre notre article et les articles 1841 et 1842 C. N., qui lui correspondent, c'est que l'article 1841 ajoute, après les mots "certaines choses déterminées", les mots "ou à leur usage ou aux fruits à en percevoir", ce qui n'était pas nécessaire.

(15) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon.

(16) Voy. mon tome 6, p. 62.

Mais une société peut avoir plusieurs objets, les uns commerciaux et les autres civils. Dans ce cas quel est le caractère qui domine? En France, on décide généralement que la société doit être réputée commerciale, à moins que ses opérations commerciales n'aient d'autre but que de rendre possibles ses opérations civiles (17). J'admettrais cette doctrine à la condition que les opérations commerciales auxquelles la société se livre aient une certaine importance, car alors on peut dire que la société a été contractée pour quelque trafic, fabrication ou autre affaire d'une nature commerciale.

Je n'essayerai pas à faire l'énumération des sociétés que la jurisprudence française considère comme civiles ou commerciales. On trouvera cette énumération dans les traités spéciaux, mais il faudrait se garder de l'adopter aveuglement à cause de la différence des textes.

J'ajoute que la société civile n'est pas définie par le code, si ce n'est négativement, car il résulte de la définition de la société commerciale, que toute société qui n'est pas contractée pour quelque trafic, fabrication ou autre affaire d'une nature commerciale, est civile, et c'est ce que dit notre article. Les règles que j'ai expliquées dans les trois chapitres qui précèdent s'appliquent à la société civile, mais le législateur y fait souvent exception quant à la société commerciale. Et ici le code pose quelques règles spéciales qui régissent la société commerciale. Je n'ai donc pas à m'occuper davantage de la société civile. Je puis dire, toutefois, qu'à cause des termes de l'article 1863, s'il y a doute sur le caractère d'une société, on présumera facilement qu'elle est civile.

Je vais compléter cette explication de l'article 1863 en citant quelques arrêts de nos tribunaux.

Dans la cause de *Larose* v. *Patton* (17 L. C. J., 52; 4 R. L., 369), le juge Sicotte a jugé qu'un contrat par lequel deux personnes s'engagent à fournir une certaine quantité de liens (*ties*) à une compagnie de chemin de fer, pour un prix qui devra être partagé entre elles, constitue entre ces personnes une société commerciale.

(17) Baudry-Lacantinerie, n° 106.

De même, le juge Taschereau a décidé, dans la cause de *Couturier* v. *Brossard* (18 L. C. J., 8), qu'une société entre un shérif, un avocat et un marchand pour l'exploitation d'un moulin à scie, est une société commerciale.

Mais il en est autrement d'une association qui a pour but l'achat et la vente d'immeubles: cour d'appel, *Girard* v. *Trudel* (21 L. C. J., 295; 1 L. N., 211). Voy. toutefois, sur cette question, mon tome 6, p. 63, et note (*b*).

Le juge Johnson (*Loranger* v. *Dupuy*, 5 L. N., 179) a trouvé les éléments d'une société commerciale dans l'association formée par deux syndics officiels et un notaire, dans le but d'agir comme syndics et courtiers.

Est également société commerciale une société constituée pour la construction de chemins de fer: cour de révision, *McRae* v. *Macfarlane* (M. L. R., 7 S. C., 288; 14 L. N., 314; 35 L. C. J., 286).

Dans la cause de *La Banque du Peuple de Halifax* v. *Gauthier* (R. J. Q., 14 C. S., 18), la cour de révision à Québec a décidé qu'un contrat passé entre trois entrepreneurs par lequel ils se sont engagés à faire une certaine quantité de billots d'épinette et de pin, à descendre ces billots à un moulin à scie, à les y scier, et à charger les madriers sur des bâtiments qui seraient envoyés pour les recevoir, le petit bois devant appartenir aux entrepreneurs, constitue une société commerciale.

Enfin, dans la cause de *Myler* v. *Huot* (R. J. Q., 30 C. S., 483), la cour de révision à Montréal a condamné, comme société commerciale, une association formée entre un avocat et un notaire pour opérer à la bourse par l'achat de valeurs dans le but de les revendre à profit (18).

(18) Il me suffira de renvoyer à la cause de *Baron* v. *Archambault* (R. J. Q., 19 C. S., 1), où des notaires faisant affaires comme tels et comme agents d'immeubles, d'assurance et de placement furent condamnés conjointement et solidairement à rendre compte d'une somme confiée pour placement à l'un des associés. Mais on ne paraît pas avoir jugé qu'une telle association forme une société commerciale, et cette décision peut se justifier par les principes qui régissent le mandat.

II. Division des sociétés commerciales. — Nous trouvons à l'article 1864 l'indication des différentes formes que la société commerciale peut assumer.

1864. "Les sociétés commerciales se divisent en:—

"1. Sociétés en nom collectif;

"2. Sociétés anonymes;

"3. Sociétés en commandite;

"4. Sociétés par actions.

"Elles sont régies par les règles communes aux autres sociétés "lorsque ces règles ne sont pas incompatibles avec celles qui sont "contenues en cette section et avec les lois et usages applicables "spécialement aux matières de commerce" (19).

Je vais expliquer brièvement la nature de chacune de ces sociétés et les conséquences juridiques qui découlent de leur formation.

§ 1. — *Des sociétés en nom collectif.*

I. Définition. — Nous avons encore ici une définition législative. Aux termes de l'article 1865, "les sociétés en nom collec- "tif sont celles qui sont formées sous un nom collectif ou raison "sociale, consistant ordinairement dans le nom des associés ou "de l'un ou de plusieurs d'entre eux, et dans lesquelles tous les "associés sont conjointement et solidairement tenus des obliga- "tions de la société" (20).

Plus brièvement, les sociétés en nom collectif (21) sont les sociétés qui ont un nom qui les distingue, soit une raison so-

(19) Le dernier alinéa de notre article est au même effet que l'article 1873 du code Napoléon. La classification que l'article 1864 de notre code fait des sociétés commerciales est la même que celle de l'article 19 du code de commerce français, sauf qu'il n'est pas question dans ce dernier article des sociétés par actions.

(20) Notre article est au même effet que les articles 20, 21 et 22 du code de commerce français.

(21) Le mot même paraît avoir été trouvé par Pothier, n° 56.

ciale (22). Mais il n'y a pas là un trait caractéristique, car la plupart des sociétés non commerciales ont une raison sociale, et il en est de même de la société en commandite et de la société par actions. On a aussi signalé, comme caractérisant particulièrement les sociétés en nom collectif, la responsabilité conjointe et solidaire des associés (23), responsabilité qui n'existe pas dans le cas de la société civile. Quoi qu'il en soit, la société en nom collectif est la société commerciale de droit commun, et il est hors de doute qu'il est de son essence que les associés soient conjointement et solidairement responsables de ses dettes (24).

II. Responsabilité des associés. — Le mandat d'associé à associé existe avec plus d'effet et d'énergie dans la société en nom collectif que dans la société civile ordinaire. Aux termes de l'article 1866 "les associés peuvent faire entre eux telles stipu-"lations qu'ils jugent convenables quant à leurs pouvoirs respec-"tifs dans l'administration des affaires de la société; mais à "l'égard des tiers qui contractent avec eux de bonne foi, chacun "des associés a implicitement le pouvoir de lier la société pour "toutes obligations contractées en son nom dans le cours ordi-"naire des affaires."

Nous constatons ici une règle bien plus absolue que celle de l'article 1851. L'intérêt du commerce, d'ailleurs, exige que, vis-à-vis des tiers, chaque associé ait un mandat que les autres associés ne puissent discuter. La seule condition que le législateur pose, c'est que le tiers soit de bonne foi et que l'obligation soit contractée au nom de la société et dans le cours ordinaire de ses affaires.

Mais les autres associés peuvent-ils s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue, à la condition bien entendue de noti-

---

(22) Bien entendu, la société ne peut prendre le nom ou raison sociale qui appartient à un autre; si elle le faisait on pourrait recourir au bref d'injonction pour lui faire défense de s'en servir: *Moore* v. *Trudel*, 8 R. de J., 164; *Dun* v. *Croysdill*, M. L. R., 6 S. C., 46.

(23) Lyon-Caen et Renault, *Droit Commercial*, n° 149.

(24) Nous trouverons ce caractère sans la raison sociale dans la société anonyme.

fier leur opposition aux tiers? Je ne vois aucune raison d'en douter, et c'était d'ailleurs la décision de Pothier (*Société,* n° 90) (25).

L'article 1867 complète la règle de l'article 1836 en ces termes:—

1867. "Les associés ne sont responsables de l'obligation con-"tractée par l'un d'eux en son nom propre, que lorsque cette obli-"gation est contractée pour des choses qui sont dans le cours des "affaires et négociations de la société, ou qui sont employées à "son usage."

Il y a, du moins à première vue, une certaine opposition entre cet article et l'article 1866. Il n'est question, à l'article 1866, que d'engagements contractés, *au nom de la société,* dans le cours ordinaire de ses affaires, tandis que l'article 1867 envisage l'obligation contractée par l'associé, *en son nom propre,* pour des choses qui sont dans le cours des affaires de la société ou qui sont employées à son usage. Et les codificateurs, expliquant l'article 1867, disent qu'"il est contraire à l'opinion de Pothier, qui "est lui-même combattu sur ce point par les autres auteurs. La "question a été réglée par nos tribunaux dans les cas rapportés "au bas de l'article."

Les codificateurs ne citent cependant, sous l'article 32 du projet de ce titre, d'autre cause que celle de *Maguire* v. *Scott* (7 L. C. R., p. 451). C'est une décision de la cour d'appel, qui date de 1857, et cette cour y a jugé qu'une personne qui vend à un associé individuellement, et sur sa responsabilité personnelle et son propre crédit, a néanmoins droit d'action contre la société, dont l'acheteur fait partie, et dont elle ne connaissait pas l'existence lors de la vente, si cette société a profité de l'achat.

Cet arrêt, contraire, comme les codificateurs le reconnaissent, à l'enseignement de Pothier (26), s'inspire plutôt de la juris-

(25) On paraît aussi l'admettre dans le droit français moderne. Voy. Deloison, *Sociétés Commerciales*, n° 188, t. 1er, p. 228, (éd. de 1882).

(26) Voici ce que disait Pothier, *Société*, n° 101 :

"Lorsque l'un des associés ne paraît pas avoir contracté au nom de

prudence anglaise. Toutefois, il ne va pas aussi loin que le texte de l'article 1867, et pose seulement la règle que la société, qui bénéficie d'un contrat fait avec un associé, s'oblige par là à payer la dette contractée par cet associé. L'article 1867, tel que rédigé, rend la société responsable dans ce cas et aussi lorsque l'obligation est contractée pour des choses qui sont dans le cours des affaires et négociations de la société. Ainsi, si la société fait le commerce d'épiceries, le tiers qui vend à l'associé des marchandises pouvant servir dans ce commerce aurait recours contre la société, sans égard, semble-t-il, à l'usage qui serait fait de ces marchandises, sauf, bien entendu, le cas où ces marchandises sont vendues pour l'usage personnel de l'associé.

J'avoue que j'hésite à admettre cette conséquence, qui semble cependant pouvoir s'appuyer sur le texte de l'article 1867. Encore reste-t-il la ressource d'interpréter les mots "qui sont dans le cours des affaires et négociations de la société" (27) comme se référant à des choses qui font partie du fonds de commerce de la société,—ou bien de substituer, dans l'interprétation de l'article 1867, le mot "et" au mot "ou" qui suit les expressions que j'ai citées. Cette interprétation paraît quelque peu hasardeuse, mais au fond, si le législateur n'a voulu que suivre l'arrêt rendu dans la cause de *Maguire* v. *Scott,* elle rendrait bien sa pensée.

"la société, mais en son nom seul, quoique le contrat ait tourné au "profit de la société, *puta*, si ayant emprunté en son nom seul une "somme d'argent pour ses affaires, il l'a employée aux affaires de la "société, celui qui a contracté avec cet associé n'aura pas pour cela "d'action contre les autres associés; car, selon les principes de droit, "un créancier n'a d'action que contre celui avec qui il a contracté et "non contre ceux qui ont profité du contrat."

Prenant l'exemple que donne Pothier, le prêt à un associé d'une somme d'argent que l'emprunteur emploie aux affaires de la société, on constatera plus loin que la cour suprême a appliqué ce principe dans la cause de *Shaw* v. *Caldwell,* 17 Supreme Court Reports, p. 357, en restreignant, aux objets corporels pouvant entrer dans le fonds de commerce, le mot "choses" qu'emploie l'article 1867.

(27) Dans le texte anglais "which are in the usual course of dealing and business of the partnership."

J'ajoute que dans la cause de *Shaw* v. *Caldwell* (17 *Supreme Court Repts,* p. 357) (28), la cour suprême a jugé que lorsqu'un associé emprunte une somme d'argent en son propre nom et donne en reconnaissance du prêt son billet personnel, et emploie ensuite, de son propre gré et sans y être obligé envers le prêteur, le montant emprunté aux affaires de la société, celle-ci n'est pas responsable du prêt.

D'après les remarques du juge Gwynne (p. 361), l'article 1867 ne s'appliquerait qu'aux marchandises qui constituent le fonds de commerce de la société, mais non pas aux deniers qu'un associé emprunterait sur son propre crédit, malgré que l'associé employerait plus tard de son propre gré le montant emprunté aux affaires de la société (29).

Je puis ajouter que, dans les causes de *Graham* v. *Bennett* (12 R. L., 448), et de *Béique* v. *Dumont* (12 R. L., 436), le juge Mathieu a exprimé l'opinion que le tiers n'a d'action contre les coassociés qu'autant que celui qui a traité avec lui s'est donné comme le représentant de la société, et que s'il contracte en son nom, sans parler de l'association que le tiers ignore, ce tiers ne pourra agir que contre lui, même si la société a bénéficié de l'acte de l'associé (30).

La société en nom collectif peut renfermer des associés actifs

---

(28) Le jugement de la cour d'appel est rapporté, M. L. R., 4 Q. B., p. 246.

(29) Cette distinction paraît raisonnable, mais ce qu'il y a de plus curieux, c'est que la cour suprême suit, peut-être sans s'en douter, la doctrine de Pothier (voy. la note (26) *supra, p.* 228), que la cour d'appel a rejetée dans la cause de *Maguire* v. *Scott*. Il est possible que la cour suprême ait voulu restreindre autant que possible la disposition exceptionnelle de l'article 1867.

(30) Je note le *considérant* suivant dans la cause de *Singleton* v. *Knight*, jugée en 1886 par le juge Casault (13 Q. L. R. 70), dont le jugement a été confirmé par la cour d'appel (14 Q. L. R. 39) et par le conseil privé (13 A. C., 793) : "Considérant que les membres des so- "ciétés en nom collectif ne peuvent lier la société que pour les obli- "gations qu'ils contractent en son nom dans le cours des affaires dont "elle se mêle." Mais le savant juge ne mentionne pas la cause de *Maguire* v. *Scott*, pas plus que l'article 1867.

et des associés en participation (31). Ils sont responsables au même degré les uns comme les autres. L'article 1868 le dit en ces termes :—

1868. "Les associés en participation ou inconnus sont, pen-"dant la continuation de la société, sujets aux mêmes obligations "envers les tiers que les associés ordinaires en nom collectif."

Par associés inconnus, et ce ne sont pas nécessairement des associés en participation, on peut entendre les associés dont les noms ne sont pas mentionnés à la déclaration enregistrée au désir de l'article 1834, et qui ne peuvent pas mettre en question les allégations que cette déclaration renferme (art. 1835). L'associé en participation est celui qui reçoit une part dans les bénéfices de la société, généralement en considération d'un apport qu'il fait à cette société (32).

Donc, eu égard à la responsabilité conjointe et solidaire des dettes sociales, il n'y a pas a distinguer entre les associés actifs et les associés en participation. Les mots "pendant la continuation de la société" ne signifient point qu'on ne puisse, après la dissolution de la société, réclamer la dette sociale contre l'associé en participation, mais seulement, ce qui d'ailleurs va de soi, que la dette doit être contractée pendant l'existence de la société, c'est-à-dire, quant aux tiers qui contractent de bonne foi, avant que la dissolution en ait été portée à la connaissance du public par les avis que la loi requiert.

L'article 1869 va plus loin et rend responsable des dettes de la société, toujours à l'égard des tiers de bonne foi, l'associé qui n'est associé que de nom, et celui qui, sans être associé, donne lieu de croire qu'il l'est réellement. Voici le texte de cet article :—

1869. "Les associés nominaux et autres personnes qui don-

---

(31) On les appelle, en anglais, *dormant or silent partners*.

(32) Nous avons vu, cependant, que le seul fait de prêter une somme d'argent à une société, et de stipuler, en considération de ce prêt, une part des bénéfices, ne rend pas le prêteur associé. Voy. *supra*, p. 183. Il s'agit, dans tous les cas, d'interpréter le contrat d'après l'intention des parties contractantes.

"nent cause suffisante de croire qu'elles sont associées, quoi-"qu'elles ne le soient pas réellement, sont responsables comme "associées envers les tiers qui contractent de bonne foi dans cette "croyance" (33).

L'associé nominal ou l'associé de nom est celui qui prête son nom à la société, sans faire partie de cette société. Les tiers de bonne foi peuvent recourir contre lui comme s'il était réellement associé.

Pour qu'une personne qui n'est pas associée, mais qui donne lieu de croire qu'elle l'est, puisse être tenue d'une dette sociale, il faut, comme notre article le dit du reste, que le tiers ait réellement cru que cette personne était associée.

Il n'y a ici qu'une question de fait à vérifier dans chaque espèce. Il va sans dire que les cas où on a appliqué l'article 1867 sont assez nombreux.

Jurisprudence. — Pour faire un court résumé de la jurisprudence, je puis dire sommairement que la responsabilité conjointe et solidaire des associés dans une société en nom collectif, avec le droit de créancier, s'il le veut, de poursuivre l'un des associés sans mettre les autres en cause, a été reconnue dans les espèces suivantes:—*Stadacona Bank* v. *Knight,* 1 Q. L. R., 193; *Tator* v. *McDonald,* M. C. R., 84. Et le créancier de la société n'est pas obligé de discuter les biens sociaux avant de saisir ceux des associés: *Carmel* v. *Asselin,* 28 L. C. J., 28. Tout cela est élémentaire.

Et quant aux arrangements entre associés tendant à restreindre le mandat que la loi présume qu'ils se sont donné, il suffit de dire qu'on a appliqué l'article 1866 dans les causes de *Cuvillier* v. *Gilbert,* 18 L. C. J., 22 et *Osborn* v. *Lewis,* 17 R. L., 234; M. L. R. 2 Q. B., 353.

Dans la cause de *Lewis* v. *Walters* (M. L. R., 4 Q. B., 256), la cour d'appel a jugé que l'associé gérant, qui passe dans le public pour être autorisé à signer des billets et traites pour les fins

(33) La cour d'appel a appliqué cet article dans la cause de *Lewis* v. *Osborn,* M. L. R., 2 Q. B., 353.

du commerce, oblige la société en signant, en faveur de tiers de bonne foi, des lettres de change, même en dehors des affaires de la société. Et une défense que la société n'avait pas reçu considération pour un billet signé du nom de la société, a été écartée dans la cause de *Rochette* v. *Rochette,* 10 Q. L. R., 342.

Sur l'application de l'article 1867 rendant les associés responsables des obligations contractées par l'un d'eux en son nom propre, lorsque cette obligation a pour objet des choses qui sont dans le cours des affaires de la société ou qui sont employées à son usage, il y a quelques décisions à noter.

J'ai mentionné deux des plus importantes: *Maguire* v. *Scott* et *Shaw* v. *Caldwell* (34). L'arrêt rendu dans la cause de *Ducasse* v. *Beaugie,* décidée en 1862 par le juge Stuart, et après *Maguire* v. *Scott,* refuse de reconnaître la responsabilité de la société, lorsque des effets ont été achetés par un individu avec l'intention de les revendre à des personnes qui se proposent de s'associer pour en faire le commerce, et que la société les a obtenus par achats de l'acquéreur. Cette cause est rapportée, 13 L. C. R., 13.

Et le juge Torrance a décidé, en 1876, dans la cause de *Simmons* v. *Fulton* (20 L. C. J., 296), que le créancier d'un insolvable ne peut réclamer de la société dont l'insolvable fait partie, le prix de marchandises vendues à l'insolvable avant la formation de la société, sous le prétexte que cette société avait plus tard eu le bénéfice de l'achat.

Mais le même juge a condamné une société à rembourser des avances faites à l'associé chargé de sa finance, et pour lesquelles celui-ci avait donné le récipissé de la société: *Brown* v. *Watson,* 4 L. N., 404.

Je noterai aussi quelques décisions qui ne se rattachent que de loin au principe de l'article 1867.

Ainsi le juge Rainville a jugé, dans la cause de *Cowan* v. *Osborne* (12 R. L., 29), qu'on peut réclamer d'une société en nom collectif les dommages qui résultent de l'arrestation faite à la demande d'un de ses membres.

---

(34) *Supra*, pp. 228 et suiv. Voy. aussi *Graham* v. *Bennett*, *Bélque* v. *Dumont* et *Singleton* v. *Knight*, *supra*, p. 230.

Dans la cause de *Hannan* v. *Evans* (M. L. R., 1 S. C., 193), on a permis à des associés d'arrêter le paiement d'une traite indûment tirée par leur coassocié sur les fonds de la société, pour payer sa dette personnelle.

Je ne fais que mentionner une cause de *Grothé* v. *Lafleur* (R. J. Q., 9 C. S., 156), où on a reconnu le droit du créancier de deux associés personnellement de poursuivre ces associés comme faisant commerce en société.

§ 2. — *Des sociétés anonymes.*

I. Définition. — Pothier (*Société,* n° 61) définissait la société anonyme, celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'elles en son nom propre.

La société anonyme du droit français moderne paraît tout autre. On dit qu'elle est une pure association de capitaux et que les traits suivants la caractérisent: — 1° Elle est composée uniquement d'associés ou actionnaires qui n'encourent qu'une responsabilité limitée au montant de leurs apports; 2° La personne de l'associé n'est pas considérée dans la formation de la société, mais seulement l'action qu'il souscrit, laquelle est transférable au gré de l'associé; 3° La propriété du capital social appartient aux actionnaires, ainsi que le gouvernement de la société; 4° La personne des associés ne jouant aucun rôle dans la formation de la société, elle n'a pas de raison sociale (35).

La société anonyme du droit français moderne ressemble donc à notre société par actions. On dit qu'elle n'a pas de raison sociale, en ce sens qu'à la différence de la société en nom collectif elle n'est pas connue sous le nom des associés (36). Mais

(35) Fuzier-Herman, Répert. v° *Sociétés commerciales*, n°s 1928 et seq.

(36) On ne peut pas dire que le nom de la société en nom collectif consiste *essentiellement* dans le nom des associés ou de l'un ou de plusieurs d'eux. L'article 1865 dit que la raison sociale consiste *ordinairement* dans ces noms. De fait, un grand nombre de sociétés qui rentrent dans la catégorie des sociétés en nom collectif, prennent

elle a un nom quelquefois indicatif de son objet. Ainsi le Crédit Foncier, la Banque de France sont des sociétés anonymes.

D'après la définition de Pothier, la société anonyme de notre droit n'aurait pas besoin d'un nom, puisqu'elle se forme par la convention entre deux ou plusieurs personnes qu'elles partageront dans une certaine entreprise que l'une d'elles fera en son nom propre. Cette convention crée cependant une véritable société (37).

II. Responsabilité des associés. — Elle est conjointe et solidaire à l'égard des tiers tout comme dans la société en nom collectif. C'est ce que décrète en ces termes l'article 1870.

1870. "Dans les sociétés qui n'ont pas un nom ou une raison "sociale, soit qu'elles soient générales ou limitées à un seul objet "ou à une seule négociation, les associés sont sujets aux mêmes "obligations en faveur des tiers que dans les sociétés ordinaires "en nom collectif."

Je ne connais aucune décision judiciaire où il ait été question de la société anonyme, preuve bien évidente qu'elle n'est pas d'un usage fréquent dans cette province. Il est possible, puisqu'il s'agit d'intéresser un tiers dans une opération qu'on fait en son nom propre, que les parties contractent quelquefois une société anonyme sans s'en douter.

§ 3. — *Des sociétés en commandite.*

Les dispositions que je vais citer sont tirées de notre droit statutaire (S. R. C., ch. 60).

I. Définition. — D'après Pothier (*Société*, n° 60), "la *société* "*en commandite* est une société qu'un marchand contracte avec

---

le nom d'une compagnie, ce qui du reste est affaire de convention et ne trompe personne, puisque ces sociétés doivent faire enregistrer la déclaration dont parle l'article 1834.

(37) Le code envisage la société anonyme comme constituant une société commerciale. Cependant, il est clair qu'elle peut être civile également.

"un particulier, pour un commerce qui sera fait au nom seul du "marchand, et auquel l'autre contractant contribue seulement "d'une certaine somme d'argent qu'il apporte pour servir à com- "poser le fonds de la société, sous la convention qu'il aura une "certaine part au profit, s'il y en a; et qu'il portera, dans le cas "contraire, la même part des pertes, dont il ne pourra néanmoins "être tenu que jusqu'à concurrence du fonds qu'il a apporté en "société."

Il n'y a pas à première vue une très grande différence entre cette définition et celle que Pothier donne de la société anonyme. On peut dire toutefois que la société en commandite offre à celui qui veut placer des capitaux dans une entreprise commerciale le moyen de limiter sa responsabilité pour les pertes qui peuvent en résulter. Pour cette raison les Anglais appellent cette société *a limited partnership.*

L'article 1871 dit que "les sociétés en commandite pour l'ex- "ercice de quelque métier ou fabrication, ou pour faire un né- "goce autre que le commerce de banque ou d'assurance, peuvent "se former sous le statut intitulé: *Acte concernant les sociétés "en commandite."*

Le statut auquel il est fait allusion ici est le chapitre 60 des statuts refondus du Canada. Ce statut étant entièrement reproduit au code civil, il n'était pas nécessaire de le mentionner autrement que comme source de nos articles.

La société en commandite existe en France. On la définit: "une société composée essentiellement de deux catégories d'as- "sociés: les *commandités* (ce sont nos gérants), responsables "personnellement et solidairement du montant des dettes so- "ciales, et les *commanditaires,* responsables jusqu'à concurrence "de leur mise sociale" (38). On distingue *la commandite simple* et *la commandite par actions.*

La société dont nous nous occupons ici correspond à la commandite simple du droit français moderne. Elle est en général

(38) Fuzier-Herman, Répertoire, v° *Sociétés commerciales*, n° 1354.

régie par les mêmes règles que celle-ci, la gestion étant confiée aux gérants seuls avec défense aux commanditaires de s'y immiscer, et la responsabilité des commanditaires étant limitée à leur apport. Nous pouvons donc, lorsque nous nous trouverons en présence de règles identiques, nous aider des solutions de la jurisprudence française.

II. Composition de la société en commandite. — Aux termes de l'article 1872, "ces sociétés se composent d'une ou plu-"sieurs personnes appelées gérants, et d'une ou plusieurs per-"sonnes qui fournissent en deniers comptants une somme spéci-"fiée ou un capital (39) au fonds commun, et qu'on appelle "commanditaires."

Donc il est de l'essence de la société en commandite qu'elle se compose de deux catégories d'associés : les *gérants* et les *commanditaires*.

J'expliquerai plus loin le rôle et la responsabilité des uns et des autres. Je puis dire cependant que le commanditaire fait acte de commerce en s'associant à une société commerciale. Il en est autrement de celui qui fait purement et simplement un prêt à une société, alors même qu'il stipule une part des profits, s'il appert qu'il n'entendait pas devenir associé (40).

III. Formalités que doivent remplir ceux qui veulent former une société en commandite. — On conçoit, puisque la société en commandite offre la particularité que certains associés répondent personnellement de toutes les dettes sociales, tandis que les autres ne sont tenus que de réaliser leur apport, que ceux qui contractent une telle société soient assujettis à certaines formalités

---

(39) Il est évident que ce capital, comme cette somme, doit être en deniers comptants et non pas en marchandises. Voy. *Allard* v. *Ricard*, R. J. Q., 3 C. S., 427 ; *Eaves* v. *Frémeau*, R. J. Q., 5 C. S., 305 ; *Davidson* v. *Fréchette*, M. L. R., 5 S. C., 282 ; *Barry* v. *Hamel*, R. J. Q., 26 C. S., 265.

(40) C'est, dans tous les cas douteux, une question d'intention. Voy. Vavasseur, *Sociétés civiles et commerciales*, t. 1er, n° 311.

destinées à faire connaître au public la nature de leurs conventions. L'article 1875 s'occupe de la déclaration que doivent signer les associés. Il se lit comme suit:

1875. "Les personnes qui contractent une société en commandite sont tenues de faire et de signer individuellement un "certificat contenant:—

"1° Le nom ou la raison sociale;

"2° La nature générale des affaires dont elle entend s'occuper;

"3° Les noms de tous les gérants et de tous les commanditaires, en distinguant les premiers des derniers, et le lieu ordinaire de leur résidence;

"4° Le montant que chaque associé commanditaire apporte au "fonds social;

"5° L'époque à laquelle la société commence et celle où elle "doit se terminer (41).

"Ce certificat doit être fait, déposé et enregistré en la forme "et manière prescrites par le statut énoncé en l'article 1871."

La déclaration de la société en commandite est, on le voit, bien plus complète que celle de la société commerciale ordinaire qui ne donne que les noms des associés, la raison sociale, le genre d'affaires et le lieu où se fait le commerce. La loi se montre plus exigeante ici à raison des privilèges exceptionnels dont jouissent les associés commanditaires.

L'article 1875 renvoie au statut mentionné à l'article 1871, c'est-à-dire au chapitre 60 des statuts refondus du Canada. Ces dispositions statutaires sont maintenant contenues aux articles 5640 à 5342 des statuts revisés de la province de Québec.

Disons sommairement que la déclaration exigée par l'article 1875 doit être signée devant un notaire public qui le certifie en bonne et due forme (42). Cette déclaration ne constitue pas un

---

(41) L'absence de déclaration de la durée d'une société en commandite a fait condamner l'associé commanditaire de même que s'il eût fait partie d'une société en nom collectif: *Davidson* v. *Fréchette* (M. L. R., 5 S. C., 282).

(42) Voy. la formule que donne l'article 5640 S. R. P. Q.

acte notarié; c'est un acte sous seing privé, signé devant un notaire public. On dépose cette déclaration au bureau du protonotaire du district et du régistrateur du comté où se trouve le siège principal des affaires de la société, et ces officiers l'enregistrent au long dans un livre tenu par eux pour cette fin, lequel livre est ouvert à l'inspection publique. L'honoraire qu'on leur paie pour cet enregistrement est de cinquante centins.

La production et l'enregistrement de ce certificat sont des formalités essentielles à l'existence de la société en commandite. "La société n'est réputée formée", dit l'article 1876, "qu'après "que le certificat a été fait, produit et enregistré, tel que pres-"crit dans l'article qui précède" (43).

Ajoutons que non seulement la déclaration doit être faite et produite, mais elle doit de plus être véridique à tous égards, sans quoi les commanditaires seront traités comme s'ils étaient des associés ordinaires. C'est la disposition de l'article 1877.

1877. "Si le certificat contient quelque déclaration fausse, "tous ceux qui sont intéressés dans la société deviennent respon-"sables de toutes ses obligations de la même manière que des as-"sociés en nom collectif."

Ainsi le certificat déclare que l'associé commanditaire a contribué tel ou tel montant au fonds social—et on remarquera que cet apport doit de toute nécessité se faire en deniers comptants (art. 1872) — tandis qu'en réalité il n'a fait que donner son billet ou bien il a offert en compensation une créance qu'il avait contre les associés gérants. Dans ces cas le commanditaire sera personnellement responsable de toutes les dettes sociales (44).

Dans l'espèce jugée dans la cause de *The Commercial Building Society* v. *Sutherland* (M. L. R., 4 Q. B., 52; 32 L. C. J., 100), l'associé commanditaire avait originairement contribué une somme de $15,000, mais à la formation d'une nouvelle société en commandite, ce capital se trouvait réduit à $9,000. Dans

(43) Ces formalités ne sont pas exigées en France.

(44) Ainsi jugé, dans le cas du paiement effectué par voie de compensation, dans la cause d'*Emerson* v. *Tourville* (R. J. Q., 4 C. S. 140).

ces circonstances la cour d'appel a jugé que la déclaration de l'associé commanditaire qu'il avait contribué la somme de $15,000 était une déclaration fausse.

Est également une déclaration fausse la déclaration dans un certificat de formation d'une société en commandite daté du 30 octobre que l'associé commanditaire avait fourni un capital de $1,000, alors que cette somme ne fut payée que le 31 décembre suivant: *Davidson* v. *Fréchette* (M. L. R., 5 S. C., 282).

Mais l'absence ou l'insuffisance du certificat n'est pas une cause de nullité de la société à l'égard des associés, mais seulement quant aux tiers: *Benoit* v. *Beaudoin* (13 L. N., 60).

Les articles 1878 et 1879 complètent ces dispositions.

1878. "Dans le cas de renouvellement ou de continuation de "la société au delà du terme primitivement fixé pour sa durée, "il doit être fait, déposé et enregistré un certificat, de la manière "requise quant à sa formation primitive. Toute société renou- "velée ou continuée d'une autre manière est réputée société en "nom collectif."

1879. "Tout changement fait dans les noms des gérants, dans "la nature des affaires, ou dans le capital ou les actions de la "société, ou dans toute autre matière indiquée dans la déclara- "tion primitive, excepté les noms des commanditaires, est consi- "déré comme une dissolution de la société. Et si la société est "continuée après tel changement, elle est réputée société en nom "collectif, à moins qu'elle ne soit renouvelée comme société en "commandite, de la manière indiquée dans l'article qui pré- "cède" (45).

Enfin ajoutons, avec l'article 1887, que "la dissolution de la "société par le fait des parties, avant l'époque spécifiée dans le "certificat de sa formation ou de son renouvellement, ne peut "avoir effet qu'après qu'avis en a été déposé et publié en la ma- "nière prescrite par l'acte mentionné en l'article 1871."

---

(45) Les mots "des gérants", dans la première ligne, et les mots "excepté dans les noms des commanditaires" sont indiqués comme étant de droit nouveau. Les codificateurs ont cru que l'intention de la loi n'était pas de regarder comme une cause de dissolution un changement dans le nom d'un commanditaire.

Ce renvoi à l'ancien statut aurait pu être remplacé par un renvoi aux articles de cette section.

IV. Gestion de la société. — Nous avons vu qu'il y a deux catégories d'associés dans la société en commandite: les commanditaires et les gérants. Ce sont ceux-ci qui administrent les affaires sociales. "Les gérants seuls", dit l'article 1874, "sont "autorisés à gérer les affaires de la société, à signer pour elle et "à l'obliger" (46). Ils peuvent, bien entendu, faire entre eux telles conventions, quant à l'administration de la société, qu'ils croient bon, et confier cette administration plus spécialement à l'un d'eux.

Dans le même ordre d'idées, l'article 1881 ajoute que "les "poursuites relatives aux affaires de la société peuvent être por- "tées par ou contre les gérants, de même que s'il n'y avait pas "d'associés commanditaires." Il semble même que les noms des commanditaires ne doivent pas être mentionnés dans les procédures faites au nom de cette société, du moins comme partie demanderesse ou défenderesse, mais rien n'empêcherait de les mettre en cause, s'il y avait lieu. Même les noms des gérants seuls paraissent à la raison sociale. "Les affaires de la société," dit l'article 1880, "doivent être gérées sous un nom ou une raison "sociale, dans laquelle on n'emploie que les noms des gérants, ou "de plusieurs ou de quelqu'un d'eux; et si le nom de quelqu'un "des associés commanditaires est employé avec sa participation "dans la raison sociale, il est réputé associé-gérant." Ces dispositions s'expliquent d'elles-mêmes.

Ajoutons, quant à cette exigence de n'insérer dans la raison sociale que les noms des gérants, que s'il n'y a qu'un seul gérant, celui-ci peut ajouter à son nom les mots "et compagnie" sans violer la défense de la loi (47).

Dans la cause de *The Commercial Building Society* v. *Sutherland* (M. L. R., 4 Q. B., 52), la cour d'appel a jugé que l'o-

(46) Pour une application de cet article, voy. la cause de *Williams* v. *Beauchemin*, M. L. R., 1 S. C., 455.

(47) Vavasseur, *Sociétés civiles et commerciales*, 5e éd., n° 290.

mission de mentionner dans la raison sociale le nom d'un ou de plusieurs des associés gérants, rend les commanditaires responsables comme dans les sociétés en nom collectif. Le juge Gill (15 R. L., 160) avait décidé que la société en commandite pouvait assumer le nom d'une compagnie, mais son jugement fut infirmé par la cour d'appel.

V. Responsabilité des associés. — Pour les gérants cette responsabilité est illimitée, pour les commanditaires elle se borne à leur mise. En d'autres termes l'associé commanditaire peut perdre sa mise, mais sa responsabilité ne s'étend pas au delà. C'est la disposition de l'article 1873.

1873. "Les gérants sont responsables conjointement et solidairement de la même manière que les associés ordinaires; mais "les associés commanditaires ne sont pas obligés aux dettes de "la société au delà du montant pour lequel ils contribuent au "fonds social."

D'après les principes de notre droit, l'apport de l'associé commanditaire s'effectue en deniers comptants. C'est cet apport qu'il perd en cas d'insolvabilité de la société. S'il n'a pas effectué cet apport tel que voulu par la loi, on le regarde comme associé en nom collectif et sa responsabilité est illimitée. Il semble donc, en supposant la société régulièrement constituée et gérée, que les créanciers n'auront jamais d'action contre les associés commanditaires, car ceux-ci, en versant leur mise à la société, auront payé la seule dette qui leur incombait tant à l'égard des gérants que des créanciers de la société. Mais, les créanciers peuvent très bien renoncer à l'action qui leur compèterait au cas où l'associé commanditaire n'aurait pas effectué le paiement de sa mise en deniers comptants, et exiger ce paiement, et, dans ce cas, l'article 1873 recevrait son application.

Dans la cause de *Williams* v. *Beauchemin* (M. L. R., 1 S. C., 455), le juge Chagnon a jugé qu'un associé commanditaire peut être poursuivi par les créanciers de la société, jusqu'à concurrence de la partie de sa mise sociale non encore payée au temps de l'action. Il a aussi décidé que l'endossement des billets d'une

société en commandite par un des associés, ne peut être considéré comme un paiement de sa mise, et ne peut que donner à cet associé, dans le cas où il serait appelé à payer ces billets, une créance ordinaire contre la société.

Je ne fais que noter une décision du juge Loranger dans la cause de *Préfontaine* v. *La Banque du Peuple* (R. J. Q., 14 C. S., 515), comportant qu'un directeur-gérant de cette banque, qui constituait une société en commandite, peut très bien, lorsqu'il est poursuivi conjointement et solidairement avec la banque, produire une défense séparée, mais qu'il ne peut mettre à la charge de la banque les frais que cette défense séparée lui a occasionnés.

VI. Droits des associés commanditaires. — Privés de toute participation à la gestion de la société à laquelle ils ont apporté des fonds, les associés commanditaires ne sont cependant pas dépourvus de tout contrôle sur son administration. Aux termes de l'article 1884, "l'associé commanditaire a droit d'examiner de "temps à autre l'état et les progrès des affaires de la société et "donner des avis concernant leur administration; mais il ne "peut négocier aucune affaire pour le compte de la société, ni "être employé pour elle comme agent, procureur ou autrement; "s'il agit contrairement aux dispositions du présent article, il "est réputé gérant."

Ainsi le commanditaire a droit de se faire communiquer les livres de la société, il peut exprimer son avis sur son administration, mais le gérant n'est pas tenu de le suivre. Il ne peut s'immiscer autrement. La loi défend même qu'il soit l'employé ou l'agent de la société, car autrement il lui serait facile d'éluder les dispositions qui lui défendent de prendre part à la gestion.

Il importe de préciser l'étendue de cette défense faite à l'associé commanditaire de s'immiscer dans les affaires de la société. La prohibition d'être l'employé de la société, comme agent, procureur, *ou autrement,* me paraît plus absolue que celle de l'ancien article 27 du code de commerce français, sous l'empire duquel on décidait que l'associé commanditaire pouvait être le sim-

ple commis, mais non pas l'agent ou représentant, de la société (48). Cette décision me paraît inadmissible vu les termes de notre article.

En France, on a jugé que les actes suivants ne constituaient pas une immixtion dans la gestion sociale: 1° les mesures de surveillance intérieure; 2° l'approbation d'actes consommés ou en cours d'exécution; 3° l'autorisation de faire des actes dépassant les pouvoirs du gérant, du moment qu'on n'a pas privé le gérant de sa liberté d'action (49).

L'associé commanditaire ne peut, pendant l'existence de la société, retirer le capital qu'il y a versé, mais il peut recevoir les intérêts de ce capital ainsi que sa part de profits sous la restriction que l'article 1882 exprime en ces termes:

1882. "L'associé commanditaire ne peut retirer aucune par-"tie de la somme qu'il a apportée au fonds capital, et elle ne "peut lui être payée, ni attribuée par forme de dividendes, profits "ou autrement, pendant la durée de la société; mais il peut re-"cevoir annuellement l'intérêt légitime de la somme qu'il a ainsi "apportée, si le paiement de cet intérêt n'entame pas le capital "primitif; il peut aussi recevoir sa part des profits."

Il est évident que le capital primitif doit rester intact, car c'est là la garantie des créanciers de la société, et les créanciers priment toujours le commanditaire (art. 1886). Il n'est question ici que du capital primitif; il semblerait donc indifférent que le fonds de réserve de la société fût affecté par les paiements faits aux commanditaires. Si le commanditaire accepte un paiement qui entame le capital de la société, il n'est pas traité aussi rigoureusement que s'il faisait acte d'immixtion, mais il est obligé de remettre la somme qu'il a ainsi indûment perçue. C'est la disposition de l'article 1883 qui se lit comme suit:

1883. "Si le paiement de l'intérêt ou des profits supposés en-"tame le capital primitif, l'associé qui le reçoit est tenu de re-"mettre le montant nécessaire pour compléter sa part du déficit. "avec intérêt."

---

(48) Vavasseur, t. 1er, n° 298.

(49) Le même auteur, n° 301.

Cet intérêt court sans doute de la date du paiement et non pas seulement de la mise en demeure, car autrement il n'aurait pas été nécessaire d'en parler.

Je crois que c'est le moment même du paiement qu'on doit envisager quand il s'agit de déterminer si le capital primitif a été entamé. Ainsi le commanditaire ne serait pas obligé de remettre des sommes qu'il aurait reçues, alors même que, par suite d'opérations subséquentes, la société serait devenue insolvable.

Il va sans dire que l'associé commanditaire peut vendre sa part dans la société et se substituer l'acquéreur. L'article 1879 ne regarde pas un tel changement comme une dissolution de la société et les gérants n'ont pas intérêt à s'en plaindre pas plus que leurs créanciers, car pourvu que la somme apportée par le commanditaire reste dans la société les droits des uns comme des autres se trouvent sauvegardés (50).

L'associé commanditaire a le droit de demander un compte à l'associé gérant et pareillement les gérants, quand il y en a plus d'un, se doivent mutuellement compte des opérations sociales. "Les gérants," dit l'article 1885, "sont tenus de se rendre compte réciproquement, ainsi qu'aux associés commanditaires, de l'administration de la société de la même manière que "les associés ordinaires en nom collectif."

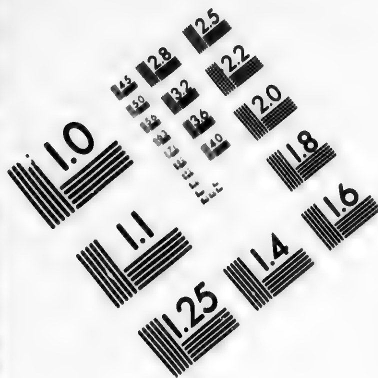
Enfin ajoutons, avec l'article 1886, que "dans le cas d'insolvabilité ou de faillite de la société, l'associé commanditaire ne "peut, sous aucune circonstance, réclamer comme créancier, "qu'après que tous les autres créanciers de la société ont été satisfaits."

VII. Commerce de banque. — Je puis, pour terminer cette section, citer l'article 1888 qui contient un simple renvoi:

1888. "Les associations pour le commerce de banque sont "régies par des lois particulières d'organisation, et par la loi fédérale concernant les banques et le commerce de banque."(51).

(50) Comp. Vavasseur, n° 294.

(51) Cet article est donné d'après la rédaction de l'article 6241 S. R. P. Q.



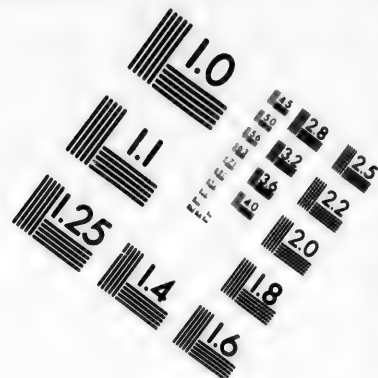
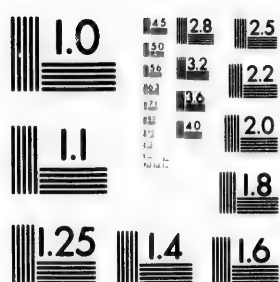
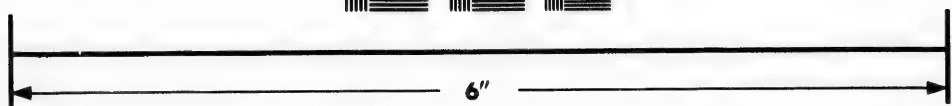
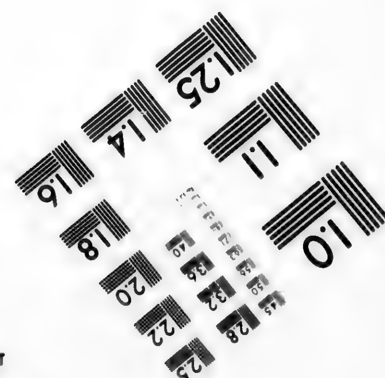


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)









Il y avait, lors de l'entrée en vigueur du code, une banque qui était organisée comme société en commandite. Cette banque (La Banque du Peuple) a sombré par suite de malheurs financiers et ne s'est jamais relevée. Les autres banques constituent des corporations ordinaires et sont régies par la loi des banques. Je sortirais du cadre de cet ouvrage, si je commentais cette loi, ce qui d'ailleurs ne se pourrait faire utilement qu'en l'examinant à fond.

§ 4. — *Des sociétés par actions.*

Les dispositions que le code contient ici ne traitent pas, à proprement parler, des sociétés par actions; ce sont des dispositions énonciatives ou de simple renvoi. Aussi ne sera-t-il pas nécessaire de faire ici une étude de ces compagnies à fonds social qui jouent un si grand rôle dans la vie commerciale et industrielle. Le sujet appartient au droit commercial plutôt qu'au droit civil.

L'article 1889 dit que "les sociétés par actions sont formées "soit sous l'autorité d'une charte royale ou en vertu d'un acte "de la législature, et sont régies par ses dispositions; ou bien "elles sont formées sans cette autorisation, et alors elles sont "sujettes aux mêmes règles générales que les sociétés en nom "collectif."

Les codificateurs disent qu'il est douteux qu'il existe ici aucune société en opération sous la forme des sociétés par actions, sans la sanction de l'autorité publique, et que si telle société existe, elle est sujette aux dispositions qui s'appliquent aux sociétés en nom collectif. Donc la société par actions, qui n'a pas été constituée en corporation, n'est autre chose qu'une société en nom collectif. Rien n'empêche en effet que les associés divisent leur capital en actions et souscrivent chacun un certain nombre d'actions. Mais à moins qu'ils n'obtiennent l'existence légale comme corporation sous les dispositions des actes concer-

nant les compagnies à fonds social, ou ne se fassent constituer par une loi spéciale, ils s'engageront conjointement et solidairement au paiement des dettes de la société.

Les lois qui régissent actuellement la constitution et les opérations des compagnies à fonds social, sont, pour le Canada, le statut 2 Edouard VII, ch. 15 (pour la constitution) et le ch. 118 des statuts revisés du Canada (pour les clauses générales des compagnies), et, pour la province de Québec, le statut 7 Edouard VII (1907), ch. 48 (52).

L'article 1890 ajoute:

1890. "Les noms des associés ou actionnaires ne paraissent "pas dans les sociétés par actions qui sont généralement connues "sous une dénomination qui indique l'objet de leur formation.

"Les affaires en sont conduites par des directeurs ou autres "mandataires choisis de temps à autre suivant les règles établies "pour la régie de telles compagnies respectivement."

Cette disposition est purement énonciative. Il n'est pas nécessaire de la commenter.

---

(52) Dans les statuts refondus de la province de Québec, le chapitre troisième du titre onzième, qui s'occupe des compagnies à fonds social, contient deux sections: la première porte le titre "Des clauses générales des compagnies à fonds social", la seconde est intitulée "De la constitution en corporation des compagnies à fonds social". Ces deux sections renferment cependant plusieurs dispositions identiques. Par l'art. 89 de la loi de 1907, il est décrété que cette section deuxième ne s'appliquera pas aux compagnies constituées à l'avenir, mais qu'elle régira toute compagnie à laquelle elle s'applique à la date de la mise en vigueur de cette loi, jusqu'à ce que cette compagnie ait été déclarée, soit par loi de la législature, soit par lettres patentes émises en vertu de la nouvelle loi, sujette aux dispositions de cette loi. La section première n'a pas été abrogée. Il est à souhaiter que l'on refonde, dans une seule loi, toutes les dispositions qui régissent soit la constitution, soit les opératons des compagnies à fonds social, et j'ajouterai que la loi de 1907 me paraît couvrir tout le sujet, de sorte que les articles non abrogés des statuts refondus deviennent inutiles, du moins pour l'avenir.

Enfin, il me suffira de citer l'article 1891 qui devrait être modifié de manière à s'accorder avec la législation actuelle :—

1891. "Il est loisible à sept personnes ou plus de former "semblables associations pour l'exercice de toutes manufactures, "trafic ou autres affaires que celles de banques, assurances, mines, "minerais et carrières, en se conformant aux dispositions conte-"nues dans l'acte de 1865, intitulé: *Acte pour autoriser la for-"mation de compagnies et associations en coopération pour faire "quelque trafic ou commerce en commun,* et jouir ainsi des bé-"néfices attribués aux corporations et en subir les règles.

"La formation et la régie des compagnies par actions et cor-"porations pour des objets particuliers, sont réglées par des sta-"tuts spéciaux."

J'ai indiqué, sous l'article 1889, la législation qui régit actuellement les compagnies à fonds social. Je puis dire que cinq personnes ou plus peuvent maintenant obtenir leur constitution en compagnie à fonds social. Le but de la compagnie constituée sous la loi fédérale peut être toute opération tombant sous la compétence du parlement du Canada, sauf la construction et l'exploitation des chemins de fer ou des lignes de télégraphe ou de téléphone, le commerce de banque, l'émission de papier-monnaie, les opérations d'assurance ou de compagnies de prêt. Sous la loi provinciale on peut constituer des compagnies à fonds social pour tout objet relevant de l'autorité législative de la province de Québec, à l'exception de la construction et exploitation des chemins de fer et les affaires d'assurance.

Ces indications sommaires suffiront. Le sujet même des compagnies à fonds social — si on prétendait le traîter — exigerait des développements très considérables, ce qui serait un hors-d'œuvre dans ce commentaire élémentaire de notre droit civil. Je puis d'ailleurs renvoyer aux traités spéciaux qui ont été publiés depuis quelques années.

CHAPITRE CINQUIEME. — De la dissolution de la société.

L'article 1892 énumère comme suit les causes qui entraînent la dissolution de la société :—

1892. "La société finit :—

"1. Par l'expiration du terme ;

"2. Par l'extinction ou la perte des biens appartenant à la "société ;

"3. Par la consommation de l'affaire pour laquelle la société "a été formée ;

"4. Par la faillite ;

"5. Par la mort naturelle de quelqu'un des associés ;

"6. Par la mort civile, l'interdiction ou la faillite de quel"qu'un des associés ;

"7. Par la volonté qu'un seul ou plusieurs des associés expri"ment de n'être plus en société, suivant les dispositions des ar"ticles 1895 et 1896 ;

"8. Lorsque l'objet de la société devient impossible ou illégal.

"Les sociétés en commandite se terminent aussi par les causes "énoncées en l'article 1879, auquel article les causes de dissolu"tion énoncées aux paragraphes 5 et 6 ci-dessus sont subordon"nées.

"Les causes de dissolution énoncées dans les paragraphes 5, "6 et 7, ne s'appliquent pas aux sociétés par actions formées sous "l'autorité d'une charte royale ou de quelque acte de la législa"ture.

"La société commerciale se termine aussi par le jugement "maintenant, à la poursuite d'un créancier d'un des associés, la "saisie de la part de cet associé dans le fonds capital de la socié"té, ou à l'instance d'un des associés après cette saisie" (1).

---

(1) L'art. 1865 C. N. énumère toutes ces causes sauf la huitième. Il ne contient pas, bien entendu, le dernier paragraphe de notre article, qui a été ajouté par le statut 60 Vict. (Qué.), ch. 50.

Cette énumération n'est pas absolument complète. Ajoutons, comme autres causes de dissolution:

9. La perte de la chose que l'associé a promis d'apporter à la société avant que cet apport soit effectué;

10. Le jugement prononçant la dissolution de la société pour une cause légitime.

Je vais expliquer brièvement ces diverses causes de dissolution: il sera question, dans le paragraphe VI *infra,* de la cause de dissolution qui résulte de la saisie de la part d'un associé dans le fonds social:

I. Expiration du terme stipulé pour la durée de la société. — Il ne s'agit que de donner effet à la convention, qui est la loi des parties. Donc il importera peu que les opérations sociales soient ou ne soient pas consommées, à moins qu'il ne soit évident que les associés, en déterminant d'avance la durée de la société, se sont préoccupés moins de sa durée que de la fixation d'un délai suffisant pour terminer l'entreprise projetée, et alors on donnera effet à leur volonté plutôt qu'aux expressions dont ils se sont servis (2).

Bien entendu, l'expiration du terme convenu entraîne de plein droit la dissolution de la société. Il est hors de doute que les associés peuvent, avant l'expiration du terme (3), convenir que la société sera continuée pendant un certain temps. Cette convention, qui doit recevoir l'adhésion de tous les associés, peut être expresse ou tacite. Ainsi la continuation des affaires sociales après le terme convenu sera une prorogation tacite de la société.

Le code Napoléon (art. 1866) contient un article d'une rédaction assez défectueuse que notre code a omis. Aux termes de cette disposition, la prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par écrit revêtu des mêmes formes que

(2) Baudry-Lacantinerie, *Société*, n° 371.

(3) Une convention intervenue après l'expiration du terme ne pourrait créer qu'une nouvelle société, car l'ancienne société se trouvera avoir cessé de plein droit. Baudry-Lacantinerie, n° 375.

le contrat de société. Il n'y a ici qu'à appliquer les règles du droit commun qui régissent la preuve.

On enseigne que la durée de la prorogation doit être calquée sur la durée primitivement convenue, telle étant vraisemblablement la volonté des parties (4).

Il est élémentaire de dire qu'on doit rechercher l'intention des parties et lui donner effet s'il est possible de la découvrir. Mais, en l'absence de toute indication quelconque dans l'acte de prorogation, ou dans les circonstances du fait, je ne vois pas pour quelle raison on présumerait que les parties ont voulu continuer la société pour un terme égal à celui qui avait été fixé par le pacte originaire. Il me semble qu'on devrait dire, et cette observation acquiert plus de force dans le cas d'une prorogation tacite, que les associés ont voulu continuer leurs opérations pendant un temps indéfini, ce qui entraînera l'application de l'article 1895.

II. Extinction ou perte des biens appartenant à la société. — Puisqu'une mise ou un fonds social est de l'essence de la société, la perte de cette mise rend la société impossible. Il suffit que la chose soit perdue pour la société, alors même qu'elle continuerait d'exister matériellement, comme dans le cas de la révocation d'une concession.

A la perte ou extinction des biens appartenant à la société, j'assimilerais, suivant en cela l'article 1893, alinéa 3, la perte d'une partie tellement importante que sans elle les affaires de la société ne peuvent être continuées. La question de la perte de la mise d'un des associés se rattache un peu à celle de la perte du fonds social. J'en parlerai plus loin.

III. Consommation de l'affaire pour laquelle la société a été formée. — Encore ici la société, lorsque son exploitation est terminée, se trouve sans objet, et partant ne peut exister. Il importe peu que le terme stipulé pour la durée de la société ne soit pas encore expiré.

---

(4) Baudry-Lacantinerie, n° 376 *bis*.

IV. La faillite. — L'article 1892 range la faillite parmi les causes de dissolution de la société. Au contraire, l'article 1865 du code Napoléon parle de la déconfiture d'un des associés, et on enseigne que la faillite de la société elle-même n'est pas une cause de dissolution (5). Nous verrons plus loin que la faillite d'un des associés est également une cause de dissolution de la société (6).

Donc la faillite de la société met fin à cette société. Et par faillite il faut entendre l'état de cessation de paiements dûment constaté (art. 17, § 23). Il semble qu'il ne puisse être question ici que d'une société commerciale, car elle seule peut faire faillite, ou être appelée à céder ses biens.

V. La mort naturelle de l'un des associés. — Voilà encore un cas de dissolution qui n'a jamais fait doute. Il est vrai que les conventions n'engagent pas seulement les parties, mais encore leurs héritiers et représentants. Toutefois la société résultant de la confiance que les associés ont les uns dans les autres, confiance qui résulte des qualités de la personne elle-même, et que pourraient très bien ne pas inspirer ses héritiers, il serait contraire à leur intention présumée de les forcer de continuer les opérations sociales avec les représentants de l'associé décédé (7). Et c'est pour cette raison que la société dont la durée n'est pas fixée est censée contractée pour la vie des associés (art. 1833), sauf le droit, dans ce cas, de chaque associé d'y mettre fin quand il le voudra (art. 1895).

(5) Baudry-Lacantinerie, n° 426.

(6) La cession de biens faite par une société, comporte cession des biens personnels des associés: *Macfarlane* v. *Court* (12 L. C. J., 239).

Il en est cependant autrement de la cession de biens faite par un associé, cette cession étant sans effet sur les biens de la société, *Cournoyer* v. *Tranchemontagne*, 18 L. C. J., 335.

Enfin, on a jugé, dans la cause de *Lusk* v. *Foote* (17 L. C. J. 47), que deux associés, dans une société composée de trois personnes, ne peuvent faire une cession de biens.

(7) On trouvera une application de ce principe dans la cause d'*Aubry* v. *Denis*, 14 L. C. R., 97; 8 L. C. J., 315.

La mort de l'associé entraîne la dissolution de la société, même lorsqu'un terme a été fixé pour sa durée, et même lorsque l'affaire qui fait l'objet de cette société n'est pas encore terminée.

Cependant les parties peuvent très bien convenir que dans le cas du décès de l'un des associés, la société se continuera avec ses représentants, ou entre les associés survivants. C'est la disposition de l'article 1894 qui se lit comme suit:—

1894. "Il est permis de stipuler que dans le cas de décès de "l'un des associés, la société continuera avec ses représentants "légaux, ou entre les associés survivants. Dans le second cas les "représentants de l'associé défunt ont droit au partage des biens "de la société seulement telle qu'elle existait au moment du dé"cès de cet associé. Ils ne peuvent réclamer le bénéfice des opé"rations subséquentes, à moins qu'elles ne soient la suite néces"saire de quelque chose faite avant le décès" (8).

L'article 1894 prévoit deux cas: 1° les parties ont stipulé que la société continuerait avec les héritiers ou représentants de l'associé défunt; 2° elles sont convenues que les associés survivants seuls continueraient les opérations sociales. Envisageons ces deux cas.

PREMIER CAS. — *Les associés ont voulu que la société continuât avec les représentants de l'associé décédé.* — Cette convention peut être que la continuation aura lieu de plein droit, ou bien qu'elle sera laissée au choix soit des associés survivants soit des héritiers de l'associé prédécédé.

La stipulation que la société continuera n'exige aucun nouveau consentement de la part, soit des héritiers de l'associé prédécédé, soit des associés survivants, et la continuation ne peut être empêchée par eux le cas échéant. Si les héritiers acceptent la succession de l'associé défunt ils se trouveront forcément en société, qu'ils soient majeurs ou mineurs (9).

---

(8) L'article 1868 C. N. est au même effet.

(9) On ne peut nous opposer le nouvel article 290a, ajouté au code par le statut 4 Ed. VII, ch. 41, aux termes duquel le tuteur peut, avec l'autorisation du juge, sur avis du conseil de famille, dans le cas d'un commerce établi, continuer ce commerce. On pourrait é-

Mais on enseigne:—

1° Que la stipulation que la société continuera avec un des héritiers de l'associé ne liera celui-ci que s'il y adhère, car ce n'est pas là la stipulation pour soi et ses héritiers, mais la stipulation pour autrui.

2° Que le mot héritiers s'applique aux successeurs irréguliers et comprend indubitablement les légataires universels. On ajoute que les légataires à titre universel doivent être comptés parmi les héritiers, ce qui me paraît plus discutable. Il est évident que l'exécuteur testamentaire peut à cet égard être regardé comme le représentant de l'associé défunt.

3° Qu'il peut être stipulé que la société continuera avec la veuve du défunt, mais le consentement de celle-ci sera requis. On ajoute que ce n'est pas là un contrat prohibé entre époux, car il ne prendra effet qu'après le décès de l'un d'eux.

4° Qu'il n'importe pas que les héritiers acceptent la succession sous bénéfice d'inventaire, car l'héritier bénéficiaire ne laisse pas d'être héritier. La seule difficulté c'est de savoir si l'héritier mineur et l'héritier bénéficiaire répondront des dettes sociales au delà des forces de la succession. On pourrait l'admettre à l'égard des dettes subséquentes à l'ouverture de la succession, mais il me répugnerait d'appliquer la même solution aux dettes antérieures, car la condition même de l'acceptation du mineur ou de l'héritier-bénéficiaire, acceptation qui le rend associé, c'est de n'être tenu des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de son émolument (10).

---

pondre que ce texte ne prévoit pas nécessairement le cas d'une société, quoiqu'il puisse s'appliquer en ce cas, car, d'après les principes, cette société aura été dissoute par la mort de l'associé. Mais ce qu'il y a de décisif, c'est que les engagements d'une personne passent à ses héritiers, qu'ils soient majeurs ou mineurs. Or, nous supposons que l'associé défunt a fait cette stipulation et il s'ensuit qu'elle est obligatoire pour ses héritiers. Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 394.

(10) Comp., quant à ces solutions, Baudry-Lacantinerie, nos 390 et suiv.

DEUXIÈME CAS. — *Les associés ont voulu que la société continuât entre les associés survivants.* — Que cette continuation soit facultaire ou impérative, la clause la stipulant comporte exclusion, de la société, des héritiers de l'associé prédécédé. Dans ce cas, d'après l'article 1894, les représentants de celui-ci ont droit au partage de la société telle qu'elle existait au moment du décès de l'associé. Les opérations subséquentes leur sont étrangères à moins qu'elles ne soient une suite nécessaire de quelque chose faite avant le décès. Quelquefois on stipule, et la clause est licite, que les droits des héritiers seront réglés d'après le dernier inventaire, ce qui généralement les privera des bénéfices réalisés après cet inventaire. On a jugé que l'inventaire commencé avant et terminé après le décès n'entre pas en ligne de compte (11).

Ajoutons que les parties peuvent stipuler qu'au décès de l'un des associés, les associés survivants pourront soit dissoudre la société, soit la continuer entre eux ou avec les héritiers du défunt.

VI. La mort civile, l'interdiction ou la faillite de l'un des associés. — Je traiterai séparément de chacune de ces causes de dissolution.

1° *La mort civile.* — La mort civile étant maintenant abolie (6 Ed. VII, Qué., ch. 38), et les mots "la mort civile" retranchés de notre article 1892 (12), il n'est pas nécessaire de parler de cette cause de dissolution.

Cependant, comme aux termes de l'article 5 de cette loi, la personne condamnée à mort ou à une peine afflictive perpétuelle, se trouve en état d'interdiction, la société dont elle faisait partie sera nécessairement dissoute.

2° *L'interdiction.* — L'interdiction de l'associé met fin à la société qui le comprenait parmi ses membres. Notre article ne distingue pas entre les différentes causes d'interdiction, de sorte que toute interdiction, quelle qu'en soit la cause, dissoudra la société.

---

(11) Baudry-Lacantinerie, n°s 401 et suiv.

(12) Voy. l'annexe de la loi citée dans le texte.

La nomination d'un conseil judiciaire à l'associé ne mettra pas fin à la société de plein droit, mais pourra seulement, suivant les circonstances, justifier une demande judiciaire de dissolution sous l'article 1896. Il en est de même de l'internement de l'associé dans une maison d'aliénés.

On décide toutefois que les parties peuvent convenir, dans l'acte de société, que la société continuera malgré l'interdiction de l'une d'elles (13).

Dans une ancienne cause, *Antoine* v. *Dallaire* (2, R. de J., 74) dont le sommaire seulement est donné, on a décidé que la société contractée avec une femme est sujette à dissolution au cas du mariage de cette dernière. Je n'ai pu trouver, sur cette question, aucune expression d'opinion dans la doctrine française. On peut toutefois, dans le cas de la société commerciale, invoquer le deuxième alinéa de l'article 179, aux termes duquel la femme mariée ne peut être marchande publique sans l'autorisation expresse ou présumée de son mari. Mais ce qu'on peut admettre, c'est que la société ne sera pas dissoute de plein droit dans ce cas, le mari pouvant autoriser sa femme à continuer le commerce. Le refus d'autorisation donnerait certainement ouverture à une demande judiciaire de dissolution sous l'article 1896.

3° *La faillite.* — La faillite de la société, nous l'avons vu, met fin à cette société. Il en est de même de la faillite de l'un des associés. L'associé failli n'offre plus à ses coassociés les garanties de responsabilité et de bonne administration qu'ils ont compté trouver chez lui (14).

A la disposition qui dissout la société lorsqu'un des associés tombe en faillite, nous pouvons rapprocher le dernier alinéa de l'article 1892, ajouté par la loi 60 Vict. (Qué.), ch. 50, qui dit que "la société commerciale se termine aussi par le jugement "maintenant, à la poursuite d'un créancier d'un des associés, la "saisie de la part de cet associé dans le fonds capital de la so-"ciété, ou à l'instance d'un des associés après cette saisie."

---

(13) Baudry-Lacantinerie, n°s 414 et suiv.

(14) On enseigne que le concordat obtenu par l'associé failli, ne fait pas revivre la société dissoute par la faillite de cet associé. Baudry-Lacantinerie, n° 432.

Cette disposition, dont la rédaction est assez défectueuse, dissout la société commerciale de plein droit lorsque la part de l'un des associés a été saisie et que cette saisie a été maintenue par un jugement, et permet à un coassocié de demander cette dissolution aussitôt après cette saisie et sans attendre le jugement de validité.

Je vais citer immédiatement l'article 698 du code de procédure civile où il est question de cette saisie:

698. "Lorsque, en exécution d'un jugement rendu contre un "associé personnellement, une saisie-arrêt est signifiée à une so-"ciété commerciale dont cet associé forme partie, la société, si "elle ne doit pas au saisi une somme suffisante pour couvrir le "montant de la saisie-arrêt, doit, en outre de ce que requis par "l'article 685 (15), mentionner dans la déclaration quelle est la "part du débiteur tant dans le capital que dans les profits de la "société.

"Cette saisie demeure tenante même pour les profits non en-"core faits et pour ceux en voie d'être faits lors de la significa-"tion.

"Si, postérieurement à la déclaration, la société devient débi-"trice du saisi, ou si elle est dissoute, les tiers-saisis doivent de "suite déclarer de nouveau.

"Dans le but de rendre cette saisie efficace le juge peut, s'il "est nécessaire, ordonner la production de livres, documents, et "états, permettre l'examen de témoins, et donner d'autres ordres.

"Si la société est en défaut d'observer les règles ci-dessus, elle "encourt les mêmes responsabilités que si elle avait fait défaut "de déclarer originairement.

"Cette règle ne s'applique pas aux sociétés par actions, for-"mées sous l'autorité d'une charte royale ou en vertu d'un acte "du parlement ou de la législature."

On conçoit donc jusqu'à quel point cette saisie peut causer

(15) Le même rédacteur, il est clair, est l'auteur des deux dispositions. L'art. 685 C. P. C. indique les énonciations que doit renfermer la déclaration du tiers-saisi.

des ennuis à la société, et même engager sa responsabilité à l'égard du saisissant. Le jugement qui maintient la saisie, et même le bref de saisie-arrêt, autorisent le saisissant à se faire communiquer un état des opérations de la société, à pénétrer ses secrets, dans le but de forcer son débiteur à s'acquitter de la dette. Si la saisie est validée, le créancier prend virtuellement la place de l'associé, et celui-ci se trouve avoir associé un tiers à la société au mépris de la défense de l'article 1853. Il y a là violation du pacte social et partant cause de dissolution de la société.

Il n'est question, à l'article 698 du code de procédure civile et au dernier alinéa de l'article 1892 du code civil, que de la société commerciale. La société civile n'est pas à l'abri de procédures saisissant la part d'un des associés, mais le législateur paraît l'avoir négligée. Il est possible que les autres associés auraient, dans ce cas, une action en dissolution sous l'article 1896.

VII. La volonté exprimée par l'un ou plusieurs associés de n'être plus en société.

Il s'agit de la société contractée pour un temps indéterminé; dans les autres cas la seule volonté d'un des associés ne peut mettre fin à la société.

L'article 1895, auquel l'article 1892 renvoie, pose cette règle dans les termes qui suivent:—

1895. "La société dont la durée n'est pas fixée est la seule "qui puisse être dissoute au gré de l'un des associés, et cela en "donnant à tous les autres avis de sa renonciation. Mais cette "renonciation doit être faite de bonne foi et non dans un temps "préjudiciable à la société" (16).

(16) L'article 1869 du code Napoléon est au même effet que notre article 1895. L'article 1870, qui le complète, mais que notre code n'a pas reproduit, dit que la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun, et qu'elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée. Les codificateurs disent qu'ils ont préféré laisser aux tribunaux l'application de notre article.

Le principe que le droit romain et notre droit ont toujours admis, c'est que l'associé peut, quand il le veut, se retirer d'une société dont la durée n'a pas été fixée. Ce principe paraît se rattacher au même ordre d'idées que celui qui prohibe le louage de services personnels à perpétuité.

Notre code se sert du terme "société dont la durée n'est pas fixée", l'article 1869 du code Napoléon envisage au contraire "la société dont la durée est illimitée". A première vue il y aurait là une différence, car en stipulant que la société durera toujours on en fixa la durée. Cependant l'idée du législateur paraît être la même. Que le contrat soit silencieux sur le terme de la société ou qu'il stipule que cette société durera toujours, il n'en est pas moins vrai que le pacte social ne fixe aucun temps où la société devra cesser. Donc, en ce sens, sa durée n'est pas fixée ou est illimitée, et un tel engagement ne peut lier l'associé pour toujours.

La première condition d'application de notre article c'est que la durée de la société n'ait pas été fixée. Et à ce propos remarquons qu'il se peut que cette durée — même en l'absence d'une convention expresse — se trouve limitée par un usage constant ou par la nature de l'exploitation projetée. Ainsi une société formée pour la construction d'une maison, n'est pas une société dont la durée n'a pas été fixée, puisque cette société doit subsister jusqu'à ce que la maison soit terminée (17).

Il y a controverse sur la question de savoir si le principe que l'associé ne peut rester engagé à perpétuité s'applique à une société dont la durée, expressément stipulée, dépasse la durée de la vie humaine (18). Supposons, par exemple, une société con-

---

(17) Il faut toutefois bien examiner la convention pour voir si réellement elle ne comporte pas, pour la société, une durée illimitée. Supposons une société pour l'exploitation d'une mine: il est certain que la mine finira par s'épuiser, mais l'exploitation peut durer tellement que la société se trouvera réellement être d'une durée illimitée. Tel est l'avis de M. Baudry-Lacantinerie, n° 442. Cette question se rattache à celle de savoir si la société contractée pour un terme dépassant la durée de la vie humaine est illimitée.

(18) Voy., pour l'analyse des opinions diverses, Fuzier-Herman, Répertoire, v° *Société civile*, n°s 854 et suiv.

tractée pour cent ans, deux cents ans. L'associé restera-t-il engagé pour tout le temps de sa vie en supposant qu'il ne survienne pas une autre cause de dissolution?

J'adopte le sentiment des auteurs qui enseignent que l'associé peut en ce cas mettre fin à la société. Bien qu'on ait stipulé un terme certain, ce terme dépasse la durée de la vie des associés, donc l'associé resterait engagé pour toute sa vie. Il aurait pour toujours aliéné sa liberté de travail. La raison d'être de l'article 1895, qui est d'empêcher l'aliénation, à toujours, de la liberté de travail, s'applique donc pleinement au cas où le terme fixé est si long que l'associé restera engagé à perpétuité. Ce serait illusoire de défendre d'une part à l'associé de s'engager pour toute la durée de sa vie, c'est-à-dire pour toujours, et de lui permettre d'autre part de se lier pour un terme qui dépassera certainement la durée de son existence. J'ajoute que l'article 1833 fixe la durée de la société sans terme à la vie des associés, "sous les modifications contenues dans le cinquième chapitre de ce titre", c'est-à-dire sauf le droit de l'associé de sortir de la société à son gré. Donc, puisqu'une société contractée pour la vie des associés laisse intact ce droit de renonciation, à plus forte raison doit-il en être ainsi d'une société dont le terme dépassera certainement la durée de la vie de ceux qui la contractent.

Quelques auteurs font cependant une distinction. Si, aux termes du pacte social, l'associé a la liberté de céder sa part dans la société (19), on enseigne qu'il ne peut mettre fin à la société, puisque, par la cession de sa part, il peut sortir de la société. Je ne crois pas que cette solution soit admissible. Le droit de l'associé de mettre fin à la société, lui donne le droit d'en demander le partage, partant de se faire mettre en possession de sa part sociale. Autre chose est la cession de sa part, qui ne peut lui procurer que le prix qu'on veut bien lui offrir pour ses droits; d'ailleurs ce droit de cession, quand la société périclite — et

(19) L'effet de la stipulation de ce droit est de rendre la cession opposable aux associés du cédant, ce qui n'a pas lieu quand l'associé, comme il le peut, cède sa part sans que la faculté lui en ait été réservée par le pacte social.

c'est alors que l'associé songera à se retirer — est un droit absolument illusoire.

Peut-on convenir que les associés ne pourront pas se retirer d'une société à durée illimitée ou sans durée fixe? La plupart des auteurs répondent négativement à cette question (20). Il me semble que c'est la seule réponse possible, à moins qu'on n'admette — et j'ai exprimé l'avis contraire — qu'on peut s'associer à perpétuité ou pour un terme excédant la durée de la vie humaine.

Les autres conditions pour l'exercice du droit de dissolution, c'est que la renonciation soit faite de bonne foi et non pas dans un temps préjudiciable à la société. Le code Napoléon (art. 1870), qui ne fait que reproduire la doctrine de Pothier (n° 150), dit que la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun, et qu'elle est faite à contretemps lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée. Nos codificateurs ont préféré laisser aux tribunaux le soin d'appliquer la règle que la renonciation doit être faite de bonne foi et dans un temps non préjudiciable à la société. Il ne s'agit donc que d'une question de fait à résoudre suivant les circonstances de chaque espèce. Il va sans dire que s'il est démontré que le seul but de la renonciation est d'empêcher les autres associés de toucher un bénéfice qui devait leur échoir par suite d'un contrat obtenu par l'associé renonçant, on devra décider que la renonciation est faite de mauvaise foi.

Le renonçant doit donner avis à ses coassociés de sa renonciation. Aucune forme n'est prescrite pour cet avis, il pourra donc se faire verbalement sauf à être légalement prouvé.

Enfin remarque générale: il va sans dire — et du reste l'article 1892 s'en exprime formellement — que l'article 1895 ne s'applique pas à la société par actions, car il est de la nature des corporations d'être créées à perpétuité (art. 352).

---

(20) Baudry-Lacantinerie (n° 445) exprime son dissentiment et indique les auteurs qui ne partagent pas son avis.

Mais s'applique-t-il à la société en commandite? En d'autres termes l'associé commanditaire a-t-il ce droit de dissolution? On pourrait généraliser la question en se demandant si les causes de dissolution mentionnées en l'article 1892 sont applicables à la société en commandite.

Il est certain que la société en commandite se dissout par les quatre premières causes de dissolutions que l'article 1892 énumère. Quant aux paragraphes 5 et 6, l'article 1892 dit que ces paragraphes sont subordonnés à l'article 1879. Or, ce dernier article fait une distinction entre les associés commanditaires et les associés gérants, en disant que tout changement fait dans les noms des gérants est considéré comme une cause de dissolution de la société, mais qu'il en est autrement d'un changement de commanditaires. Il résulte donc, de la comparaison de ces deux articles, que la mort, l'interdiction ou la faillite de l'associé commanditaire n'entraîne pas la dissolution de la société, mais que la société sera au contraire dissoute si un des gérants meurt, fait faillite ou est mis en état d'interdiction. Reste à savoir si le paragraphe 7 de l'article 1892 et l'article 1895 s'appliquent à la société en commandite. Remarquons d'abord que la durée de la société en commandite est nécessairement fixée, puisque le certificat que les associés doivent signer indique l'époque à laquelle la société commence et celle où elle doit se terminer (art. 1875). Ce n'est donc qu'au cas où la durée de la société est fixée à une période excédant la durée de la vie humaine qu'il peut y avoir question de savoir si le commanditaire ou le gérant peut opter pour la dissolution de la société pendant le terme prévu. Il me semble que les raisons que j'ai invoquées à l'appui de la solution qui accorde le droit de dissolution à l'associé dans une société ordinaire, s'appliqueraient difficilement à l'associé commanditaire qui n'engage nullement ses services, mais n'est qu'un bailleur de fonds. Mais il en serait autrement dans le cas de l'associé-gérant. J'incline donc à croire que l'on pourrait faire, entre les deux catégories d'associés, la même distinction que dans le cas des causes de dissolutions énumérées aux paragraphes 5 et 6 de l'article 1892.

VIII. Cas où l'objet de la société devient impossible ou illégal. — On suppose que l'objet de la société était possible et légal à l'époque du pacte social, car autrement il n'y aurait jamais eu de société, mais qu'un événement subséquent l'a rendu impossible ou qu'une nouvelle loi l'a prohibé. Alors il est élémentaire de dire que la société ne peut plus exister et que sa dissolution arrive de plein droit. Il n'y aura qu'à appliquer les règles ordinaires d'extinction des obligations.

IX. La perte de la chose que l'associé a promis d'apporter à la société avant que cet apport soit effectué. — Nous avons vu que l'extinction où la perte des biens appartenant à la société est une cause de dissolution. Il s'agit ici d'une hypothèse particulière, la perte de la chose promise avant qu'il en ait été fait apport, en d'autres termes de l'impossibilité où l'associé se trouve d'effectuer son apport. L'article 1893 statue en vue de cette hypothèse dans les termes qui suivent :—

1893. "Lorsqu'un associé a promis d'apporter à la société la "propriété d'une chose, la perte de cette chose avant que son ap-"port ait été effectué, met fin à la société à l'égard de tous les as-"sociés.

"La société est également dissoute par la perte de la chose lors-"que la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété "en est restée dans les mains de l'associé.

"Mais la société n'est pas dissoute par la perte de la chose "dont la propriété a déjà été mise dans la société, à moins que "cette chose n'en constitue seule le fonds capital, ou n'en soit une "partie si importante que sans elle les affaires de la société ne "puissent être continuées" (21).

La mise de chaque associé, nous l'avons vu, est de l'essence de la société. Donc si un associé ne peut effectuer sa mise, cette

---

(21) Sauf la réserve finale du troisième alinéa de notre article, cet article reproduit l'article 1867 du code Napoléon. Cette réserve, cependant, aurait été admise dans notre droit sans une disposition expresse.

condition essentielle à la formation du contrat de société fait défaut et entraîne la nullité du contrat.

Mais observons qu'il y a deux hypothèses à prévoir: 1° l'apport est de la propriété même de la chose; 2° il ne se fait que pour la jouissance seule, la propriété restant à l'associé.

Avant d'envisager ces deux hypothèses, je vais résumer rapidement la doctrine que j'ai exposée en commentant le premier alinéa de l'article 1839 (22).

L'apport peut être en propriété ou en jouissance. Lorsqu'il se fait en propriété, le consentement des parties, à moins de stipulation contraire ou de condition suspensive, rend la société propriétaire *inter partes* par l'effet du contrat, quand il s'agit d'un corps certain, la détermination étant au contraire nécessaire quand la chose n'est déterminée que quant à son espèce. Donc la propriété d'un corps certain est-elle apportée à la société, cette société devenant, sauf stipulation contraire, propriétaire par le seul consentement des parties, assume dès l'instant du contrat tous les risques de la chose et la perte de cette chose tombe sur elle et non pas sur l'associé qui se trouve avoir rempli son obligation. Au contraire, la propriété d'une chose indéterminée sauf quant à son espèce est-elle apportée, la société n'en devenant propriétaire que par la détermination, tous les risques jusqu'à ce moment sont pour le compte de l'associé.

Lorsque l'apport se fait en jouissance il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un droit réel, comme dans le cas de l'usufruit, ou d'un droit personnel de jouissance, comme dans le cas du louage. Lorsque l'usufruit proprement dit est l'objet de l'apport, cet usufruit sera, sauf stipulation contraire, acquis à la société par le seul consentement des parties, et si la chose vient à périr, la société perdra son usufruit et l'associé sa propriété, mais l'associé, qui n'était pas tenu de faire jouir, se trouvera avoir effectué son apport, car l'usufruit est aux risques de la société comme la propriété est aux risques de l'associé (23). Au contraire, quand

(22) *Supra*, pp. 193 et suiv.

(23) J'ai dit que dans le cas du quasi-usufruit, la société devenant propriétaire de la chose assume tous les risques de cette propriété.

il s'agit du droit personnel de jouissance, comme dans le louage, l'associé est tenu d'une obligation successive; en d'autres termes il est tenu de faire jouir la société pendant toute la durée de sa jouissance, et si la chose vient à périr avant l'expiration du terme stipulé, l'associé est en défaut de fournir sa mise et il y a lieu à la dissolution de la société.

Donc, interprétant l'article 1893, disons que lorsqu'il parle de jouissance seule, il entend le droit personnel de jouissance; le droit réel de jouissance, ou l'usufruit, peut être assimilé au droit de propriété dont il est un démembrement.

Envisageons maintenant les deux hypothèses d'un apport en propriété, et d'un apport en jouissance seule.

Si l'apport se fait en propriété, ou, ajoutons-le, en usufruit, il ne peut être question de l'application du premier alinéa de l'article 1893 que si la propriété de la chose n'a pas été transmise par le seul consentement des parties. On suppose donc, dans le cas du premier alinéa de cet article, une stipulation que la propriété ne sera transmise que plus tard, ou une condition suspensive, ou la simple promesse de l'associé de procurer une chose, soit encore l'apport d'une chose indéterminée sauf quant à son espèce. Quand la propriété est transmise par l'effet du consentement, nous sommes dans le cas du troisième alinéa de notre article, car l'apport a été effectué, et la dissolution de la société ne peut être réclamée en cas de perte de cette chose, à moins qu'elle ne constitue seule le fonds capital ou qu'elle n'en soit une partie si importante que sans elle les affaires de la société ne puissent être continuées (24).

Au contraire, lorsque l'associé a apporté la simple jouissance, à titre de droit personnel, d'une chose, il est tenu d'une obligation successive de faire jouir la société. Donc si la chose périt avant l'expiration du terme de jouissance convenu, il y a lieu à la dissolution de la société, car l'associé ne fournit plus son apport.

---

(24) C'est alors le deuxième cas de dissolution mentionné à l'article 1892.

A la perte de la chose avant que l'apport en ait été effectué, j'assimilerais l'éviction de la société pour une cause remontant au delà du contrat. Il est évident dans ce cas qu'aucun apport effectif n'a été réalisé, ou plutôt la chose apportée avait dès lors des germes de mort.

Il s'agit ici de la perte de la chose par cas fortuit. A plus forte raison si sa perte est due à la faute de l'associé, il y aura dissolution, avec de plus un recours en dommages-intérêts contre l'associé en faute.

L'apport de sommes d'argent est soumis à la règle qui régit l'apport de choses qui ne sont pas individuellement déterminées.

X. Le jugement prononçant la dissolution de la société pour une cause légitime. — Aux termes de l'article 1896, "la disso-"lution d'une société dont la durée est limitée peut être deman-"dée par un associé avant l'expiration du temps stipulé, pour une "cause légitime; ou lorsqu'un autre associé manque à l'accom-"plissement de ses obligations, ou se rend coupable d'inconduite "flagrante, ou par suite d'une infirmité chronique ou d'une im-"possibilité physique devient inhabile aux affaires de la société, "ou lorsque sa condition et son état sont essentiellement chan-"gés, et autres cas semblables."

Notre article commence par poser la règle que la dissolution de société peut être demandée pour une cause légitime, et indique ensuite plusieurs circonstances — se rattachant toutes à la personne des associés — qui justifient cette demande. L'article 1871 du code français pose aussi la même règle, et indique, comme exemples, le cas où un associé manque à ses engagements, ou devient, par suite d'une infirmité habituelle, inhabile aux affaires de la société, "ou autres cas semblables, dont la légitimité et la "gravité sont laissées à l'arbitrage des juges." Dans l'un et l'autre code, les circonstances indiquées se rattachent toutes à la personne des associés.

Cependant on peut affirmer que l'état de la société elle-même peut motiver une demande de dissolution. Ainsi, son capital social ou son fonds de commerce se trouve notablement réduit de

manière à ne plus suffire aux opérations de la société; ses affaires n'ont pas prospéré, les bénéfices font défaut et la ruine est à craindre. Il paraît évident que les associés ne sont pas obligés d'attendre la faillite de la société. Dans tous ces cas la demande de dissolution doit être accueillie.

Et quant aux rapports des associés entre eux ou à l'égard de la société, il est évident, comme l'article 1896 l'indique d'ailleurs, que son énumération n'est pas exclusive. Ainsi, outre les cas énumérés, je puis indiquer l'absence d'un associé, son internement dans un asile d'aliénés, ou la nomination qu'on lui fait d'un conseil judiciaire, lorsque cette nomination entrave la marche des affaires, la mésintelligence grave entre les associés (25). Bien entendu, les faits qui motivent la demande en dissolution doivent avoir un caractère de gravité.

Il va sans dire que l'associé dont la faute fournit une cause de dissolution ne peut s'autoriser de cette faute pour se porter demandeur en dissolution. Il en serait autrement si la cause de dissolution, née en sa personne, provient d'un cas fortuit. Ainsi, l'associé atteint d'une infirmité chronique, qui l'empêche de prendre part aux opérations sociales, pourrait demander la dissolution de la société.

On décide généralement que le droit de demander la dissolution dans les cas mentionnés à l'article 1896 est d'ordre public et qu'une renonciation générale stipulée à l'acte de société serait nulle. Toutefois M. Baudry-Lacantinerie (n° 467) croit que certaines causes de dissolution pourraient être écartées d'avance. Ainsi, je ne verrais pas d'objection à ce qu'on stipule que la maladie chronique d'un associé ne mettrait pas fin à la société, car les parties peuvent bien convenir que la société continuera au cas de sa mort.

Malgré les termes de notre article, je crois qu'on pourrait demander la dissolution de la société sans durée déterminée pour les causes que notre article mentionne. Il pourrait être de l'intérêt de l'associé-demandeur de se baser sur une de ces causes, au

(25) **Baudry-Lacantinerie, n°s 461 et suiv.**

lieu de se prévaloir du droit d'option que lui donne l'article 1895, par exemple, pour pouvoir réclamer des dommages-intérêts, tels les frais de liquidation, de l'associé en faute (26).

XI. Nomination d'un liquidateur à la société dissoute. — L'article 1896*a*, ajouté au code par l'art. 5822 des statuts refondus de la province de Québec, pourvoit comme suit à la nomination de ce liquidateur:

1896*a*. "Advenant une dissolution de société, ou une demande "judiciaire en dissolution, le tribunal ou le juge, sur demande "de l'un des associés, après avis donné aux autres associés, a le "pouvoir de nommer un ou plusieurs liquidateurs.

"Les liquidateurs ainsi nommés doivent prêter le serment de "remplir bien et fidèlement les devoirs de leur charge.

"Ils donnent immédiatement avis de leur nomination par une "annonce à cet effet publiée dans la *Gazette officielle de Québec*, "et dans deux papiers-nouvelles, dont l'un français et l'autre an- "glais, publiés au siège social ou à l'endroit le plus rapproché, et "de telle autre manière que le tribunal ou le juge peut prescrire.

"Ils sont saisis de plein droit de tout l'actif de la société pour "les fins de la liquidation; ils donnent le cautionnement que le "tribunal ou le juge prescrit, et sont en tout soumis à la juridic- "tion sommaire du tribunal ou du juge.

"Ils possèdent tous les pouvoirs et sont soumis à toutes les "obligations des séquestres judiciaires, à l'exception de la prise "de possession, qui a lieu sans ministère d'huissier.

"Les actes excédant administration ne peuvent être faits par "les liquidateurs qu'avec le consentement de tous les associés, et "à défaut de ce consentement, qu'avec l'approbation du tribunal "ou du juge, après avis préalable aux membres de la société.

"La rémunération des liquidateurs est fixée par le tribunal ou "le juge.

"Les procédures au sujet de la nomination des liquidateurs et "de l'accomplissement des devoirs de leurs charges sont som- "maires.

(26) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 458.

"Il y a exécution provisoire, nonobstant l'appel, sauf le droit "du tribunal où la cause est portée de suspendre sommairement "cette exécution.

"Deux juges du tribunal, saisi de l'appel, peuvent aussi donner "cet ordre de suspension, après avis à la partie adverse."

Cette disposition, étant générale, s'applique à toutes les sociétés, civiles ou commerciales, sauf toutefois la société par actions qui constitue une corporation. La liquidation de celle-ci se fait d'après le mode prescrit à la loi qui régit les compagnies à fonds social.

Je puis citer quelques arrêts qui ont porté sur cette question de liquidation de la société dissoute.

Dans la cause de *Gerhardt* v. *Davis* (19 R. L. 268; M. L. R., 7 Q. B. 437), la cour d'appel a jugé, en 1890, qu'une demande pour dissolution d'une société n'est pas une cause suffisante pour priver les associés, auxquels l'administration de la société a été confiée par le pacte social, de cette administration, et pour nommer un liquidateur (27).

La cour de révision a jugé, dans la cause de *Ingram* v. *Bennett* (R. J. Q., 1 C. S., 269), que sur une requête pour nommer un liquidateur à une société dissoute, sous l'article 1896*a*, le juge est compétent à décider s'il y a société ou non. Cela paraît ne pouvoir souffrir aucun doute.

La même cour a décidé, dans la cause de *Deslongchamps* v. *Poirier* (R. J. Q., 8 C. S. 36), infirmant le jugement du juge Jetté (R. J. Q., 6 C. S., 273), que malgré qu'un liquidateur ait été nommé à une société dissoute, l'un des associés peut demander, pendant la liquidation, un compte à son associé, et qu'à cette fin, le liquidateur sera mis en cause et il lui sera ordonné de produire les livres, états de compte et autres documents de la société.

(27) Remarquons qu'aux termes de l'article 1896*a*, une demande judiciaire de dissolution peut donner lieu à la nomination d'un liquidateur. Cependant, comme le juge McCorkill l'a décidé dans la cause de *Laurendeau* v. *Lacroix* (R. J. Q., 32 C. S., 417), le juge ne doit nommer un liquidateur, dans ce cas, que si on lui fait voir qu'il y a, pour cela, de graves raisons. Le seul fait qu'un des associés demande la dissolution de la société ne suffit pas.

Dans la cause de *Phillips* v. *Kurr* (R. J. Q., 7 C. S., 358), le juge Doherty a jugé que le séquestre nommé aux biens d'une société n'a pas le droit, en attendant la décision d'une instance entre les associés, de payer, sans l'autorisation de la cour, les fonds qu'il a en mains à l'une des parties, et qu'il doit rendre compte et remettre les effets en sa possession avant de pouvoir demander sa décharge.

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Vipond* v. *Palliser* (R. J. Q., 4 B. R., 571), qu'une convention par laquelle une des parties devait payer le coût du matériel pour les affaires, et l'autre veiller à la gestion, etc., les profits, après certaines déductions, devant être partagés également entre elles, constitue une société; et que, sur demande judiciaire pour la dissolution de telle société, la cour, ou le juge, peut, à sa discrétion, nommer un liquidateur pour prendre possession des biens de la société pendant l'instance en reddition de compte.

Dans la même cause, *Palliser* v. *Vipond* (R. J. Q., 9 C. S. 362), le juge DeLorimier a décidé que le liquidateur n'a pas le droit *de plano* de prendre possession d'effets qui ont pu appartenir à la société, mais qui, avant sa nomination, étaient en possession de tiers sous un titre apparent, et cela surtout lorsque la validité de ce titre est le sujet d'une action en justice.

Enfin, la cour d'appel, dans la cause de *Robert* v. *Gagnon* (R. J. Q., 10 B. R., 237), a jugé que le liquidateur peut poursuivre un débiteur de la société pour du loyer et des dommages, avec conclusions à la résiliation du bail, sans au préalable obtenir l'autorisation du tribunal ou d'un juge ou des membres de la société (28).

---

(28) Au mérite, la décision de la cour supérieure fut infirmée parce que l'action réclamant un versement de loyer avait été intentée le jour d'échéance de ce versement, le locataire ayant toute la journée pour payer.

CHAPITRE SIXIEME. — DES EFFETS DE LA DISSOLUTION.

I. Observation générale. — Certaines causes de dissolution opèrent, nous l'avons vu, de plein droit, d'autres exigent l'intervention de la justice. Cependant, quelles que soient ces causes, il faut observer qu'elles n'anéantissent pas la société d'une manière absolue. Celle-ci, en effet, continue d'exister pour les fins de la liquidation, sa personnalité subsiste, seulement elle n'a plus qu'une seule fin, la liquidation de ses biens (1).

II. Cessation du mandat des associés d'agir au nom de la société. — Nous avons vu qu'à défaut de stipulation contraire, les associés sont censés s'être donné le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et qu'à l'égard des tiers, dans les sociétés en nom collectif, ce mandat réciproque ne peut être contesté par la société (art. 1851, 1866). Ce mandat, on le comprend, ne peut en principe survivre à la société. C'est ce que déclare l'article 1897.

1897. "Le mandat et les pouvoirs des associés d'agir pour la "société cessent par la dissolution, excepté à l'égard des actes "qui sont une suite nécessaire des opérations commencées. Néan-"moins, tout ce qui est fait dans le cours ordinaire des affaires "de la société, par un associé qui agit de bonne foi et dans l'igno-"rance de la dissolution, lie les autres associés de même que si la "société subsistait" (2).

---

(1) Voy. la décision de la cour d'appel dans la cause de *Lemay* v. *Léveillé*, R. J. Q., 4 B. R., p. 187, et de la cour supérieure à Québec (Sir C. A. P. Pelletier, J.), dans la cause de *Block* v. *Carrier & The North Shore Power Railway and Navigation Co.*, R. J. Q., 30 C. S., p. 37. Je puis également renvoyer au jugement du juge Cimon, dans la cause de *La Banque du Peuple de Halifax* v. *Gauthier*, R. J. Q., 14, C. S., 18. Toutes les autorités sont citées dans le rapport de ces causes.

(2) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon, mais le principe qu'il énonce ne souffre aucun doute en France, car ce n'est que la conséquence des règles du mandat. Les codificateurs font observer que la règle contraire est suivie dans les pays de droit anglais.

L'aveu fait par un associé après la dissolution de la société, concernant des affaires faites auparavant, lie-t-il les autres associés? On a jugé dans l'affirmative dans la cause de *Fisher* v. *Russell* (2 L. C. J., 191) et dans la négative dans les causes de *Moore* v. *O'Leary* (9 L. C. J., 164) et de *Dansereau* v. *Gervais* (R. J. Q., 12 C. S., 86).

Et dans la cause de *The Canada Lead Mine Co.* v. *Walker* (11 L. C. R., 433), on a décidé qu'un associé ne peut, après la dissolution de la société, confesser jugement sur une action portée contre elle.

Je puis citer quelques autres arrêts qui ont appliqué la disposition de l'article 1897.

Ainsi, dans la cause de *Gauthier* v. *Lacroix* (12 R. L., 508), la cour d'appel a jugé, en 1868, que le débiteur d'une société en nom collectif peut, après la dissolution de la société, opposer en compensation, à une demande de la ci-devant société, une créance qu'il a contre un des membres de la société, et ce pour la part de ce dernier.

Dans la cause de *The City of Glasgow Bank* v. *Arbuckle* (16 L. C. J., 218; 1 R. C., 120), la cour de révision a décidé que malgré la dissolution de la société, les personnes qui la composaient restent associés pour les fins de la liquidation, et qu'on peut leur demander une cession de biens en cette qualité; de plus que le créancier d'un associé individuellement ne peut s'opposer à cette demande.

Dans la cause de *D'Amour* v. *Bertrand,* cour de circuit (26 L. C. J., 136), il s'agissait d'une société d'avocats. On y a jugé qu'après la dissolution, chaque associé peut poursuivre en son nom personnel le recouvrement de sa part des créances dues à la société; que le règlement d'une créance, par l'un des associés, à l'insu ou au préjudice de l'autre, postérieurement à la dissolution, est non avenu à l'égard de celui-ci; que le débiteur ne peut offrir en compensation, contre une telle poursuite, la créance qu'il peut avoir contre l'autre associé, ni prétendre que ce dernier a consenti à recevoir, en effets et marchandises, le paiement de la créance due à la société; enfin que les causes spécialement

confiées à l'un des associés, et instituées ou conduites au nom de la société, deviennent communes aux deux associés, qui ont droit, chacun pour moitié, aux honoraires en provenant.

Dans une autre espèce, *DeMontigny* v. *DeBellefeuille* (30 L. C. J., 299), il s'agissait également d'une société d'avocats. Le juge Bélanger y a décidé qu'après la dissolution d'une semblable société, les associés ne peuvent poursuivre les débiteurs de la société que pour leur part des créances sociales, et qu'une quittance donnée par l'un des associés, après la dissolution, est sans effet à l'égard de l'autre.

Dans la cause de *McBean* v. *McBean* (6 L. N., 95), le juge Torrance a jugé qu'après la dissolution, un associé n'a pas le droit d'emprunter au nom de la société pour les affaires sociales.

Citons enfin la décision de la cour de révision, dans la cause de *Bernard* v. *Allaire* (17 Q. L. R., 198). Cette cour a jugé que lorsque deux ci-devant associés continuent séparément le même commerce, celui qui a acquis les dettes actives de la société n'a pas seul droit de recevoir les lettres adressées à l'ancienne société.

Pour revenir à la disposition de l'article 1897, il n'est pas nécessaire d'insister sur l'exception qu'elle comporte à l'égard d'obligations encourues par un associé de bonne foi, dans le cours ordinaire des affaires de la société et dans l'ignorance de la dissolution. Il n'y a là qu'application des règles du mandat.

Il est évident que le créancier qui contracte avec l'associé après la dissolution doit également être de bonne foi, c'est-à-dire ne point connaître la dissolution de la société. J'ajoute que l'acte fait de mauvaise foi par l'associé peut lier ses coassociés, lorsque le tiers est de bonne foi et qu'avis n'a pas été donné de la dissolution. Il est clair que dans ce cas les autres associés ont un recours contre leur associé.

Dans les sociétés commerciales, et celles formées pour les fins mentionnées à l'article 1834, les associés doivent faire enregistrer une déclaration de dissolution de la société, faute de quoi ils sont censés, à l'égard des tiers de bonne foi, être toujours demeurés en société (art. 1835).

D'ailleurs l'article 1900 complète en ces termes la disposition de l'article 1897.

1900. "La dissolution de la société aux termes du contrat, ou "par l'acte volontaire des associés, ou par le laps de temps, ou "par le décès ou la retraite d'un associé, n'affecte pas les droits "des tiers qui contractent subséquemment avec quelqu'un des as-"sociés pour le compte de la société, excepté dans les cas sui-"vants :—

"1° Lorsqu'avis en est donné conformément à la loi ou aux "usages du commerce;

"2° Lorsque la société est limitée à une entreprise ou aventure "particulière qui est terminée avant que l'opération ait lieu;

"3° Lorsque l'opération n'est pas dans le cours ordinaire des "affaires de la société;

"4° Lorsque l'opération est de mauvaise foi, illégale ou autre-"ment entachée de nullité;

"5° Lorsque celui qu'on veut tenir responsable est un associé "en participation ou inconnu, à qui on n'a pas entendu faire "crédit et qui s'est retiré avant que l'opération eût lieu" (3).

On ne voit pas trop pourquoi la loi limite ainsi les causes de dissolution, étant de principe, et ce n'est que l'application des règles du mandat, que les tiers qui contractent de bonne foi avec un associé, dans l'ignorance de la dissolution, et dans le cours ordinaire des affaires de la société, lient celle-ci, sauf les recours que les autres associés peuvent avoir (art. 1758, 1897). Dans tous les cas les autres associés peuvent mettre leur responsabilité à couvert par la publication de l'avis de dissolution requis par l'article 1835. En l'absence de cet avis, ils ne peuvent opposer aux tiers de bonne foi la dissolution de la société (4).

III. Partage des biens de la société et compte réciproque que les associés doivent se rendre. — L'article 1898 contient à cet égard la disposition suivante:—

(3) Il n'y a pas d'article semblable au code Napoléon.

(4) *Symes* v. *Sutherland* (Stuart's Repts 49); *Murphy* v. *Pagé* (5 L. C. J., 335); *Jackson* v. *Pagé* (6 L. C. J., 105); *Greenshields* v. *Wyman* (21 L. C. J., 40); *Hodgson* v. *Banque d'Hochelaga* (15 R. L. 75).

1898. "Lors de la dissolution de la société, chacun des asso-"ciés ou ses représentants légaux peut exiger de ses coassociés un "compte et un partage des biens de la société; et ce partage doit "se faire suivant les règles concernant le partage des successions "en tant qu'elles peuvent être applicables.

"Néanmoins, dans les sociétés de commerce, ces règles ne re-"çoivent d'application que lorsqu'elles sont compatibles avec les "lois et usages particuliers aux matières de commerce" (5).

Etant donné le mandat réciproque que se confèrent les associés, leur obligation de se rendre mutuellement compte ne peut souffrir aucun doute. Toutefois, si un ou plusieurs des associés ont été chargés de l'administration de la société, les gérants seuls—et non pas les autres associés qui ne se sont pas immiscés dans cette gestion—sont tenus de rendre ce compte.

Le droit des associés de demander le partage des biens sociaux est également indiscutable, car nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. Notre article dit que ce partage doit se faire suivant les règles concernant le partage des successions en tant qu'elles peuvent être applicables. L'article 1872 du code Napoléon, que j'ai cité en note, paraît avoir une portée plus absolue.

La question a de l'intérêt, surtout quant aux effets du partage des biens de la société. Ce partage est-il déclaratif ou attributif de propriété (voy. l'art. 746) ?

En France, on admet que le partage est déclaratif, mais on ne s'entend pas sur la question de savoir si le partage rétroagit au jour de la formation de la société ou à celui de sa dissolution.

Cette question dépend un peu de celle de savoir si les sociétés

---

(5) Le seul article que renferme le code Napoléon à ce sujet, c'est l'article 1872 qui porte que "les règles concernant le partage des suc-"cessions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent "entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés". Il est à peine nécessaire de dire, cependant, que l'obligation des associés de se rendre compte et leur droit d'exiger le partage des biens sociaux ne souffre aucun doute en France. La réserve du deuxième alinéa de notre article, dont la portée n'est pas trop claire, ne paraît pas être faite sous les codes français.

constituent des personnes morales. Si elles sont douées de cette personnalité — et je l'ai admis (6)—alors le partage ne peut rétroagir au delà de la date de la dissolution. Au cas contraire. il faut remonter jusqu'à la formation de la société. La première opinion — qui me paraît la plus juridique — est suivie par la plupart des auteurs (7).

Au demeurant, de quelque manière qu'on envisage la société, il me semble qu'on ne saurait effacer la propriété qui a réellement appartenu à celle-ci, pour faire rétroagir le partage à un moment où la société n'avait pas encore acquis ce droit de propriété. Il n'y a aucun doute, à mes yeux, que notre code, plus encore peut-être que le code Napoléon (8), individualise la société.

Notre article 1898 dit que le partage doit se faire suivant les règles concernant le partage des successions en tant qu'elles peuvent être applicables, sauf, dans le cas des sociétés commerciales, l'application des lois et usages du commerce.

Donc les règles concernant le partage des successions s'appliquent pleinement aux sociétés civiles, et, à défaut de lois et usages du commerce, aux sociétés commerciales. Il n'existe aucune loi règlant le partage de ces dernières sociétés, et si on invoquait un usage, il faudrait le prouver. Cette réserve aurait dû être précisée par le législateur.

Mais le contrat de société peut déterminer d'avance le mode du partage. On enseigne même que le contrat peut écarter les formalités prescrites pour les partages lorsqu'il y a des mineurs parmi les copartageants, et que cette convention lie les héritiers mineurs de l'associé défunt (9).

La règle énoncée par l'article 1898 a donné lieu à une jurisprudence assez abondante.

(6) Voy. *supra*, p. 186.

(7) Voy. Fuzier-Herman, Répertoire, v° *Société civile*, n°s 1192 et suiv.

Pothier, *Société*, n° 179, exprimait l'opinion contraire.

(8) Voy. notre article 1899 qui n'existe pas dans le code français.

(9) Baudry-Lacantinerie, n° 486.

Parlons d'abord de l'obligation des associés de se rendre mutuellement compte des opérations sociales, obligation qui donne naissance à l'action *pro socio.*

C'est en principe la seule action qui compète à l'associé qui veut avoir sa part de l'actif de la société dissoute et des profits qu'elle a pu réaliser. Il ne saurait demander une somme spécifique en l'absence d'une stipulation à cet effet (10).

Il importerait peu que l'un des associés se soit emparé ou soit sur le point de s'emparer des biens de la société; l'action en revendication n'est pas ouverte à l'associé, qui n'est pas propriétaire des biens sociaux, et il ne peut que recourir à l'action en reddition de compte et en partage (11).

Mais l'associé ne peut diviser son recours, et demander, par exemple, compte des profits que l'un des associés a pu retirer depuis la dissolution de la société, de l'usage d'un objet appartenant à l'actif social, alors qu'aucune liquidation n'a été faite des affaires de la société et qu'il existe encore des biens communs dont le partage n'est pas demandé (12).

Toutefois, comme l'obligation des associés de se rendre compte est une obligation réciproque, le demandeur en reddition de compte doit lui-même rendre compte de la gestion qu'il a pu avoir et produire ce compte avec son action; et l'allégation, par le demandeur, que le compte de sa gestion appert aux livres de la société qui sont entre les mains du défendeur, ne peut remplacer cette reddition préalable de compte (13).

---

(10) *Robinson* v. *Raffenstein* (1 R. de L., 352; 2 R. de L., 76); *Thurber* v. *Pilon* (4 L. C. J., 37); *Lefebvre* v. *Aubry* (1 R. de J., 333; mais voyez la décision de la cour suprême, 26, Supreme Court Reports, p. 602, notée plus bas); *Provençal* v. *Nadeau* (R. J. Q., 9 C. S., 344).

(11) *Maguire* v. *Bradley* (1 R. de L., 367); *Heffernan* v. *Sheridan* (R. J. Q., 11 B. R., 3).

(12) Ainsi jugé dans la cause de *Heffernan* v. *Sheridan*, citée plus haut.

(13) *Pepin* v. *Christin* (3 L. C. J., 119); *Blais* v. *Vallières* (10 Q. L. R., 382); *Baile* v. *Baile* (R. J. Q., 7 C. S., 79); *DeGagné* v. *Pigeon* (R. J. Q., 17 C. S., 308).

Notons, toutefois, que dans la cause de *McDonald* v. *Miller* (8 L. C. R. 214), le juge Meredith a jugé que quand il est allégué, dans une action *pro socio,* que les demandeurs ont annuellement rendu compte aux défendeurs de cette partie des affaires qui était sous leur contrôle, il n'est pas nécessaire d'offrir et produire un compte de la dite partie des affaires, à la condition que le demandeur prouve cette allégation.

Lorsqu'un compte a été rendu par un associé à l'autre, et qu'il contient des erreurs, il n'y a pas, d'après la jurisprudence, lieu à l'action en reddition de compte, mais c'est l'action en rectification ou redressement de compte qu'on doit intenter (14). Si, par une telle reddition de compte, il appert qu'un associé doit une somme déterminée à l'autre, nul doute que cette somme peut être réclamée, et il n'y a pas lieu alors à l'action *pro socio* (15).

Il me reste à noter quelques espèces particulières qui sont assez difficiles à classer.

Ainsi, dans la cause de *Doak* v. *Smith* (15 L. C. J. 58), on a jugé que sur une action *pro socio* portée par l'associé survivant contre l'exécuteur testamentaire de l'associé décédé, les héritiers et légataires du défunt doivent être mis en cause, afin qu'ils rendent compte de la gestion de leur auteur.

Le juge Mathieu a décidé, dans la cause de *Brouillet* v. *Bogue* (M. L. R., 1 S. C. 385), que lorsqu'à la dissolution d'une société commerciale, l'un des associés a assumé le paiement de toutes les dettes, l'autre associé, contre lequel des créanciers de la société

(14) Voy. la jurisprudence citée par M. Beullac dans son *Code de procédure civile annoté,* art. 566, n° 12. *Junge Blais* v. *Vallières,* 10 Q. L. R., 382.

(15) Quelques arrêts discutent la question de savoir si la demande peut être formée par voie d'action dite d'*assumpsit* : *Robinson* v. *Reffenstein* (1 R. de L., 352 ; 2 R. de L., 76) ; *Thurber* v. *Pilon* (4 L. C. J., 37) ; *Marcoux* v. *Morris* (3 R. L., 441 ; 2 R. C., 107). Cette question me paraît assez oiseuse, car quel que soit le nom qu'on donne à l'action, il est certain que cette action existe car elle ne fait que réclamer le paiement d'une somme dont le défendeur s'est reconnu redevable.

auraient obtenu des jugements de condamnation, mais qui n'en a pas payé le montant, peut demander que son ancien associé le garantisse contre les jugements, mais qu'il ne peut obtenir une condamnation personnelle pour le montant porté aux jugements ni une déclaration que les biens de la société sont sujets à un privilège en sa faveur.

Dans la cause de *Lefebvre* v. *Aubry* (1 R. de J. 333), la cour de révision a jugé qu'une erreur de calcul dans un règlement de compte entre associés est susceptible de rectification, mais qu'on ne doit pas permettre à l'une des parties de réouvrir les débats et de recommencer une contestation sur les items d'un compte que les associés ont soumis à des comptables, discuté et finalement réglé d'un commun accord; que jusqu'à la reddition et au règlement de comptes restés en suspens entre associés, on ignore lequel d'entre eux sera débiteur, et le montant du reliquat n'étant ni liquide ni exigible, ne peut être opposé en compensation.

Ce jugement a été infirmé par la cour d'appel, et la cause ayant été portée devant la cour suprême, ce dernier tribunal a maintenu la décision de la cour d'appel, jugeant qu'après dissolution d'une société, si l'un des associés a été chargé, comme mandataire des autres, de retirer les sommes dues à la société, il peut être poursuivi par un de ses anciens associés, soit pour un compte en vertu du mandat qui lui avait été confié, soit pour la part du demandeur dans les deniers perçus (26 Supreme Court Repts 602).

Dans la cause de *Provençal* v. *Nadeau* (R. J. Q., 9 C. S. 344), il a été décidé que l'associé payé de son travail par un salaire de tant par jour ne peut, après la dissolution de la société, réclamer ce salaire autrement que par une action en reddition de compte.

Il n'y a que peu d'arrêts à noter quant au partage des biens sociaux.

Dans la cause d'*Ayotte* v. *Boucher* (3 D. C. A. 123; 8 Q. L. R. 327; 6 L. N. 26), la cour d'appel a jugé qu'il n'est pas nécessaire de signifier aux débiteurs de la société le transport que

l'un des associés a fait à son coassocié des créances sociales, ce transport ayant l'effet d'un partage et le partage étant déclaratif et non attributif de propriété (16).

Dans la cause de *Prentice* v. *McDougall* (8 L. N. 163), le conseil privé, confirmant le jugement de la cour d'appel (28 L. C. J. 169; 4 D. C. A. 91), a décidé que lorsque deux associés ont fait un partage d'actions et que l'un d'eux a été évincé de sa part, l'autre associé n'est tenu de lui payer que la valeur que les actions avaient lors du partage, c'est-à-dire son obligation consiste à rendre égale la portion de chaque associé, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer un nouveau partage.

Il a été jugé, dans la cause de *Sangster* v. *Hood* (M. L. R. 5 Q. B. 384), que des édifices érigés par une société en nom collectif sur un terrain appartenant à un des membres de la société, sont, après la dissolution de la société, la propriété de tous les associés et non pas du propriétaire du sol, et qu'ils peuvent être licités à la demande d'un des associés.

Enfin, se basant sur le principe que la société est un être moral, et qu'elle est douée d'une existence distincte de celle des associés, la cour de révision a décidé, dans la cause de *Crépeau* v. *Boisvert* (R. J. Q., 13 C. S. 405), que les dettes de la société se partagent, après la dissolution, entre les associés, comme celles d'un défunt entre ses héritiers; que lorsque le titre de créance de la société est un jugement, ce jugement doit être exécuté au nom de la société, mais seulement pour la part de l'associé qui l'exécute, et le bref d'exécution doit le mentionner; enfin, que lorsque la société a obtenu un jugement contre un débiteur, un

(16) Ce jugement a été infirmé par la cour suprême (9 Supreme Court Reports, 460), pour le motif qu'il y avait eu dol dans l'espèce. J'ai discuté, dans mon tome 3, p. 623, note (c), le raisonnement de feu le juge en chef Sir A. A. Dorion, dans cette cause, en tant qu'on voudrait l'appliquer au partage en matière de succession. L'article 1122, que j'invoquais dans cette hypothèse, ne serait d'aucun secours quand il s'agit de société. J'ai exprimé mon opinion, plus haut, p. 276, sur la question de savoir si le partage rétroagit au delà de la date de la dissolution de la société.

associé ne peut, après la dissolution de la société, obtenir un autre jugement pour sa part de la même dette, mais qu'il peut exécuter, pour sa part, le jugement déjà obtenu par la société.

IV. Concours des créanciers de la société et de ceux des associés.—La société, je l'ai dit, constitue une personne morale. A ce titre elle a des débiteurs et des créanciers. Les associés répondent de ses dettes, solidairement dans les sociétés en nom collectif et anonymes, et pour une portion égale dans les sociétés civiles. Il se peut ainsi que l'associé ait deux catégories de créanciers, ceux de la société et ses créanciers individuels. Pour protéger les premiers, le code ne leur accorde pas l'action en séparation de patrimoine, mais envisageant, comme il le fait toujours, la société comme un être distinct des associés qui la composent, il donne aux créanciers de la société préférence sur les biens de la société, et aux créanciers des associés préférence sur leurs biens individuels. Voici, du reste, cette disposition:

1899. "Les biens de la société doivent être employés au paie- "ment des créanciers de la société de préférence aux créanciers "particuliers de chaque associé; et si ces biens se trouvent in- "suffisants pour cet objet, les biens particuliers de chacun des "associés sont aussi affectés au paiement des dettes de la société, "mais seulement après le paiement des créanciers particuliers de "tels associés séparément."

Il n'y a pas d'article correspondant au code Napoléon. On enseigne que la solution de cette question dépend du point de savoir si les sociétés constituent des personnes civiles; en admettant la personnalité on admet la préférence des créanciers de la société sur les créanciers particuliers d'un associé, en la niant on arrive à la conclusion, que certains auteurs adversaires de la théorie de la personnalité contestent, que les créanciers de la société et ceux des associés concourent au marc la livre sur les biens sociaux (17).

---

(17) Voy., pour la discussion de cette question intéressante, mais entièrement oiseuse pour nous, Baudry-Lacantinerie, nos 352 et suiv.

Notre code accorde à l'une et l'autre catégorie de créanciers une préférence réciproque, et j'y vois un argument puissant en faveur de la doctrine de la personnalité de la société.

Au reste, la disposition de l'article 1899 est très claire et ne peut donner lieu à aucune difficulté d'interprétation (18).

---

(18) Je puis renvoyer sommairement aux causes suivantes où on a appliqué la règle de l'article 1899: *Moody* v. *Vincent* (5 L. C. R., 388) ; *Mulholland* v. *Merchants Bank* (6 L. N., 171) ; *Consolidated Bank of Canada* v. *Moat* (6 L. N., 358) ; *Lemay* v. *Léveillé* (R. J. Q., 4 B. R., 187).

TITRE DOUZIÈME

DES RENTES VIAGERES.

CHAPITRE PREMIER.—DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

I. Définition et nature de la rente viagère.—Nous avons vu ailleurs ce que c'est que le contrat de rente et nous avons fait la distinction entre la rente foncière et la rente constituée, *foncière* quand elle a pour cause l'aliénation d'un immeuble, *constituée* lorsqu'elle est créée en considération du paiement d'une somme d'argent. Dans ce titre, il est question de la rente viagère, c'est-à-dire celle qui dure pendant la vie d'une ou de plusieurs personnes. Ici la rente se distingue par cette seule circonstance, car il est indifférent qu'elle provienne de l'aliénation d'un immeuble, ou du paiement d'une somme d'argent.

Pothier, envisageant plutôt cette dernière hypothèse, définissait ainsi le contrat dont nous nous occupons: "Un contrat "par lequel l'un des contractants vend à l'autre une rente annu-"elle, et dont la durée est bornée à la vie d'une ou de plusieurs "personnes, de laquelle rente il se constitue envers lui le débi-"teur, pour une certaine somme qu'il reçoit pour le prix de la "constitution (1)."

Remarquons toutefois que la définition de Pothier est incomplète en ce qu'elle suppose que la rente viagère a été constituée à titre onéreux, alors qu'elle peut également être créée à titre gratuit. En effet, l'article 1901 dit que "la rente viagère peut être "constituée à titre onéreux; ou à titre gratuit, par donation "entrevifs ou par testament (2)."

---

(1) *Contrat de constitution de rente*, n° 215.

(2) Cet article correspond aux articles 1968 et 1969 du code Napoléon, lesquels sont plus complets en ce que le premier porte que la rente, créée à titre onéreux, peut avoir pour considération une som-

De plus, Pothier ne mentionne que la rente constituée à prix d'argent.

Or, il est indubitable que la rente peut être consentie pour toute considération valable, soit que cette considération consiste en une somme d'argent (3) ou en une chose mobilière (4) ou immobilière (5). Il y a pourtant une distinction essentielle à faire entre la rente créée au moyen de l'aliénation d'un capital et celle qui a pour cause l'aliénation d'une chose mobilière ou immobilière (6).

Le contrat de constitution de rente viagère à prix d'argent, celui que Pothier envisage, est la vente d'une rente périodique pour un prix payé une fois pour toutes. En d'autres termes, le propriétaire du capital achète la rente, le vendeur c'est le débi-rentier, l'acheteur c'est le crédi-rentier, la chose vendue c'est la

---

me d'argent, ou une chose mobilière appréciable, ou un immeuble, et que le second dit que la rente constituée à titre gratuit par donation entre vifs ou par testament doit être revêtue des formes requises par la loi. Toutefois, il est évident que la constitution de rente à titre onéreux peut avoir pour cause soit une somme d'argent, soit une chose mobilière ou immobilière, et, lorsque la rente est créée à titre gratuit par donation entre vifs ou testamentaire, il va sans dire que l'acte doit être revêtue des formes exigées pour sa validité.

(3) Une rente, constituée en viager et à fonds perdu, ne peut être considérée comme un contrat usuaire, quelqu'exorbitante qu'en soit sa prestation: *Mogé* v. *Latraverse* (7 L. C. J., 128).

(4) La convention dans un acte de donation stopulant une rente viagère, de fournir une quantité du *meilleur blé* qui pousse sur la terre donnée, oblige le donataire à fournir du bon blé; et si celui que la terre produit n'est pas bon, le donataire devra en acheter d'autre: c'est ce que la cour d'appel a jugé dans la cause de *Lalonde* v. *Cholette*, 1 R. L., 700.

(5) Une rente viagère, constituée par le donateur d'un immeuble en sa faveur et garantie par hypothèque, ne tombe pas sous l'opération du paragraphe 4 de l'article 599 du code de procédure; et elle peut être saisie par les créanciers du donateur: *Bradford* v. *Lasnier* (R. J. Q., 24 C. S., 53).

(6) Il faut aussi distinguer la rente viagère du bail à nourriture qui est une obligation de faire à laquelle s'appliquent les règles ordinaires des contrats: *Renouf* v. *Côté* (7 R. de J., 417).

rente, le prix c'est le capital payé. Donc il y a, dans l'espèce, vente et achat d'une rente. Ce contrat est unilatéral et réel: *unilatéral,* parce que le débi-rentier seul s'oblige, *réel,* parce que, comme le prêt, il ne devient parfait que par la réception du capital.

Au contraire, lorsque la constitution de rente a pour cause l'aliénation d'une chose mobilière ou immobilière, la rente n'est plus la chose vendue, c'est le prix de cette chose, et l'objet de la vente, c'est la chose mobilière ou immobilière, en considération de laquelle la rente doit être payée. Donc nous sommes en présence de la vente de cette chose même, la rente en est le prix, le vendeur c'est le propriétaire de cette chose, l'acheteur c'est le débiteur de la rente. Le contrat est *consensuel* et *synallagmatique.*

Assurément un tel contrat se rapproche, lorsqu'il a pour objet un immeuble, du *bail à rente* qui est l'aliénation à perpétuité d'un immeuble moyennant une prestation périodique payable en argent ou en effets (art. 1593, 1594). Mais il se caractérise par la durée de la rente, car celle-ci est viagère et n'a pas un terme certain. Toutefois, comme le code ne distingue pas, il faut appliquer ses dispositions à toutes les rentes dont la durée se mesure sur la vie humaine, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause. Mais n'oublions pas que le contrat sera, soit la vente d'une rente, soit la vente d'une chose, il sera réel ou consensuel, unilatéral ou synallagmatique, selon la distinction essentielle que j'ai indiquée.

Ajoutons que le contrat de rente viagère rentre dans la catégorie des contrats aléatoires, rien n'étant plus incertain que la durée de la vie humaine. Ce caractère peut être plus ou moins prononcé, ou même quelquefois n'exister que de nom, suivant les stipulations du contrat. Mais, par essence, le contrat de rente viagère rentre dans la catégorie des contrats aléatoires.

Pour cette raison, le code Napoléon traite de la rente viagère et du jeu et du pari dans un titre unique qui porte la rubrique *Des contrats aléatoires*: Dans notre code, les deux contrats sont expliqués dans des titres distincts.

Pour revenir donc à la définition de la rente viagère, et l'envi-

sageant sous toutes les formes qu'elle peut revêtir, on peut dire que c'est l'obligation, créée par un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit, ou imposée par un testament, de payer, par versements périodiques, une somme d'argent ou des effets ou denrées à une personne pendant la vie de celle-ci ou d'une autre personne. Cette définition se complètera par ce que j'aurai à dire quant aux personnes sur la tête de qui la rente peut être constituée.

II. Personnes sur la tête desquelles la rente viagère peut être constituée. — Il est de l'essence de la rente viagère qu'elle soit constituée sur la vie d'une ou de plusieurs personnes. Aux termes de l'article 1902, "la rente peut être soit sur la tête de la "personne qui la constitue ou qui la reçoit, ou sur la tête d'un "tiers qui n'a aucun droit d'en jouir" (7).

D'ordinaire, la rente est constituée sur la vie de la personne qui la reçoit, car bien souvent son but est d'assurer la subsistance du crédi-rentier pendant sa vie. Cependant, comme notre article le dit d'ailleurs, on peut la constituer sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir, et alors l'indication de la vie de ce tiers se fait uniquement pour régler la durée de la rente. Si le crédi-rentier meurt avant le tiers, la rente n'est pas éteinte, mais ses héritiers continuent d'en jouir.

La rente viagère peut du reste être constituée sur plusieurs têtes, mais tout en posant ce principe, le législateur le qualifie en disant que la durée de la rente ne peut, lorsqu'elle affecte des immeubles, dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies successives.

C'est la disposition de l'article 1903 qui se lit comme suit:

1903. "Elle peut être constituée sur une ou plusieurs têtes.

"Mais si elle l'est pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, ou "trois vies successives, et qu'elle affecte des immeubles, elle est "éteinte après ce terme, suivant les dispositions contenues en "l'article 390" (8).

---

(7) C'est au fond la copie de l'article 1971 du code français, sauf que ce dernier article paraît envisager la constitution de rente à titre onéreux.

(8) Le premier alinéa seul de cet article se trouve au code Napoléon, art. 1972.

Lors donc qu'une rente affecte des immeubles on ne peut, sous prétexte de la constituer sur plusieurs vies, la rendre perpétuelle. Elle est éteinte à l'expiration de quatre-vingt-dix-neuf ans ou la durée de trois vies successives. L'article 1903 ajoute: "suivant les dispositions contenues en l'article 390." Il ne faut pas, cependant, prendre ce renvoi au pied de la lettre, car autrement il détruirait la portée de l'article 1903 (9). Il va sans dire que dans la rente viagère, du moins telle que la loi l'envisage, il n'est pas question du remboursement du capital ou du rachat de la rente (10). Au contraire, le capital est abandonné pour toujours et le débi-rentier reçoit en retour une rente, généralement beaucoup plus élevée que le chiffre de l'intérêt, dont la durée est réglée d'après la durée de sa propre vie, ou la vie d'un tiers, et cette rente peut être stipulée reversible d'une tête à l'autre, avec cependant cette réserve que si elle affecte des immeubles elle ne peut dépasser soit la durée de trois vies successives, soit quatre-vingt-dix-neuf ans.

Il n'est pas nécessaire que le crédi-rentier fournisse le prix de la rente; ce prix peut être versé par un tiers. C'est ce que décrète en ces termes l'article 1904.

1904. "Elle peut être constituée au profit d'une personne "autre que celle qui en fournit le prix."

---

(9) Voici le texte de l'article 390, qui suit une disposition portant que nulle rente affectant un immeuble ne peut être créée pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ou la durée de la vie de trois personnes consécutivement, après quoi le créancier de la rente peut exiger le capital, le débiteur pouvant en tout temps la racheter:

390. "Il est cependant loisible aux parties de stipuler, dans le "titre constitutif de ces rentes, qu'elles ne seront remboursées qu'à "un certain terme convenu, qui ne peut pas excéder trente ans; "toute convention étendant ce terme au delà étant nulle quant à l'ex-"cédent."

(10) Aux termes du premier alinéa de l'art. 394, "les rentes viagères et les autres rentes temporaires au terme desquelles aucun "capital n'est remboursable, ne sont pas rachetables à l'option de "l'une des parties seulement."

Cette disposition reproduit le premier alinéa de l'article 1973 du code français. Le deuxième alinéa de l'article 1973, que notre code n'a pas reproduit, dit: "Dans ce dernier cas, quoi-"qu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assu-"jettie aux formes requises pour les donations; sauf les cas de "réduction et de nullité énoncés dans l'article 1970."

Les codificateurs disent que cette matière doit être laissée sous l'empire de la règle générale, et ils citent, en l'approuvant, l'article 1456 du code civil du canton de Vaud qui porte que si la rente a les caractères d'une libéralité, elle est assujettie aux formes requises pour les donations entre vifs. Nul doute donc qu'il faudra appliquer les règles des donations lorsque la rente, constituée sur la tête d'une personne autré que celle qui en fournit le prix, a les caractères d'une libéralité, mais elle n'aura pas nécessairement ce caractère, et lorsqu'elle est stipulée accessoirement dans un contrat à titre onéreux, elle suivra les règles du contrat principal

Notre article 1904 applique, au cas de la rente viagère, la règle de l'article 1029 concernant la stipulation pour autrui (11). Cependant, la rente peut également être constituée au profit d'un tiers sans stipulation pour le bénéfice du constituant ou donation faite par lui en faveur d'autres. Dans ce cas il y donation pure et simple et toutes les règles des donations, notamment celles qui exigent l'acceptation, s'appliquent. Pothier (no 241) enseigne que le tiers gratifié n'a pas besoin d'intervenir dans l'acte, mais il se place dans l'une des hypothèses où la stipulation pour autrui est valable, c'est-à-dire le cas où le stipulant stipule pour lui-même en même temps que pour le tiers.

Notons toutefois que lorsque la stipulation que la rente sera payée à un tiers constitue une donation, l'incapacité du tiers de recevoir par donation annulera le contrat. Ainsi, un mari ne pourrait pas stipuler que la rente dont il fournit le prix sera payée à sa femme, du moins quand celle-ci doit la recevoir comme créancière et non pas comme mandataire de son mari.

---

(11) Voy. la note supplémentaire que j'ai consacrée à cette question en mon tome 6, p. 466.

Pothier (no 241) dit qu'il en est de même de la stipulation que la rente, constituée par le mari par l'aliénation d'un de ses propres, sera reversible à la femme après la mort du mari, crédirentier pendant sa vie. Cette stipulation serait nulle et il ajoute que les héritiers du mari pourront demander le paiement de la rente pendant toute la durée de la vie de la femme. Si la constitution de la rente a lieu par l'aliénation de biens de la communauté, Pothier (no 242) dit que la femme, en cas d'acceptation, ne pourrait réclamer que la moitié de la rente, l'autre moitié étant payable aux héritiers du mari.

Pothier énonce bien ici la doctrine de l'ancien droit (12). Il y a toutefois, sur cette question, controverse dans le droit français moderne (13). L'opinion qui prévaut en jurisprudence, c'est que la stipulation que la rente créée par l'aliénation d'un bien de communauté, sera reversible au profit du survivant des époux, est valable, mais que le survivant devra récompense à la communauté d'une somme représentative de la valeur de cette rente (14), au jour du décès du prémourant.

Cette question touche d'assez près celle de l'assurance que le mari peut valablement effectuer sur sa vie pour le bénéfice de sa femme au cas qu'elle lui survive (art. 1265). Si donc l'assurance est stipulée sous forme de rente viagère, nul doute que la femme peut en recevoir le bénéfice. Sur la question telle que formulée plus haut, je suis porté à croire que nos tribunaux adopteraient les solutions de la jurisprudence française.

III. Constitution de la rente sur la tête d'une personne morte ou dangereusement malade. — Puisque la rente viagère est, par essence, constituée sur la vie d'une personne, il est évident que

---

(12) Voy. Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 254 et notes.

(13) Comp. Troplong, *loc. cit.;* Guillouard, *Contrat de mariage*, t. 1er, nos 376 et suiv.; le même, *Contrats aléatoires*, n° 131; Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 1er, n° 280.

(14) Ou de la moitié de la rente si le survivant a droit à une moitié pendant le mariage d'après les stipulations du contrat, et que l'autre moitié ait été rendue reversible sur sa tête.

si cette personne est déjà morte au jour du contrat, ce contrat sera sans effet. C'est ce que décrète en ces termes l'article 1905:—

1905. "Le contrat de rente viagère créée sur la tête d'une "personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun "effet et le prix peut en être répété" (15).

Il n'importe au surplus que les parties aient ignoré cette mort, car le contrat se trouve sans objet.

L'article 1906 ajoute que "la règle énoncée dans l'article qui "précède s'applique également lorsque la personne sur la tête de "laquelle la rente est constituée, est, à l'insu des parties, attaquée "d'une maladie dangereuse, dont elle meurt dans les vingt jours "de la date du contrat" (16).

Cet article est de droit nouveau. La seule modification toutefois qu'il apporte à l'ancien droit c'est dans la fixation du délai de vingt jours. Autrefois il suffisait que la mort arrivât bien peu de temps après le contrat. La fixation de délais semblables est sans doute arbitraire, mais l'arbitraire de la loi vaut mieux que l'arbitraire de l'interprétation judiciaire.

Les conditions d'application de notre article sont:—1° l'existence, chez la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée (bénéficiaire ou non), d'une maladie dangereuse au moment du contrat, et cela à l'insu des parties; 2° la mort de cette personne de la même maladie dans les vingt jours du contrat.

Notre article parle de maladie *dangereuse,* l'article 1975 du code Napoléon omet l'épithète, mais il est évident que la maladie doit avoir un caractère de gravité. Donc la vieillesse n'étant pas une maladie, il importe peu que le vieillard sur la tête duquel la rente est constituée meure dans les vingt jours du contrat. La grossesse également n'est pas une maladie dans le sens de notre article. Mais si le vieillard ou la femme enceinte était grave-

(15) C'est la copie textuelle de l'article 1974 C. N., sauf que notre article ajoute les mots "et le prix peut en être répété", ce qui du reste va sans dire.

(16) L'article 1975 C. N. est au même effet sauf qu'il ne contient pas les mots "à l'insu des parties".

ment malade au moment du contrat, sa mort dans les vingt jours serait une cause de nullité de ce contrat.

Aux termes de notre article — et en cela il diffère de l'article 1975 du code Napoléon — il faut que les parties n'aient pas connu la maladie dangereuse dont était atteinte la personne sur la tête de qui la rente a été constituée. Il semble que cette connaissance, pour rendre le contrat valide, doit être complète, et doit exister, d'une manière complète, chez chacune d'elles; en d'autres termes, la gravité de la maladie, et non pas seulement le fait de cette maladie, doit être connue des deux parties. Lorsqu'en pleine connaissance de cause, les parties ont constitué une rente sur la tête d'une personne dangereusement malade, il faut tenir qu'elles ont voulu courir le risque d'un dénouement fatal dans les vingt jours, et partant que le contrat, qui est essentiellement aléatoire, doit être exécuté (17).

Je n'appliquerais pas les articles 1905 et 1906 au cas où la rente a été constituée sur la tête de plusieurs personnes. Il est évident que ces articles ne s'occupent que de l'hypothèse d'une rente constituée sur la tête d'une seule personne (18). Ceci soit dit tout en reconnaissant qu'il pourrait se rencontrer des cas où les parties seraient fondées à attaquer le contrat pour cause d'erreur.

IV. Cas où la rente peut être stipulée insaisissable. — Il me reste à citer ici — car elle m'y paraît mieux placée — une disposition qui se trouve au chapitre II. C'est celle de l'article 1911 qui se lit comme suit:—

(17) Il y a controverse en France sur cette question, mais d'après l'opinion de la plupart des auteurs, le fait que les parties auraient été informées de la maladie n'empêchera pas l'application de l'article 1975. Conf. Baudry-Lacantinerie, n° 228. J'ai fait remarquer *supra*, note (16), la différence de rédaction entre notre article 1906 et l'article 1975 du code Napoléon, qui justifie, dans notre droit, la solution contrare.

(18) Les auteurs, en France, sont divisés sur cette question. Voy. Baudry-Lacantinerie, n° 232.

1911. "La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que "lorsqu'elle est constituée à titre gratuit (19)."

Ceci est conforme aux principes du droit. Il n'y a que le donateur qui puisse mettre des obstacles à la saisie ou à la cession de la chose qu'il donne. Celui qui transporte la propriété de la chose par un contrat à titre onéreux ne conserve plus aucun intérêt dans cette chose, et partant, ne peut en stipuler l'inaliénabilité ou l'incessibilité. Nous en avons trouvé une application à l'article 970 qui porte que la prohibition d'aliéner la chose vendue ou cédée à titre purement onéreux est nulle.

Donc à moins que la constitution de rente ne se fasse à titre gratuit — ce sera dans chaque cas une question de fait que de déterminer si le contrat est à titre gratuit — elle ne pourra être stipulée insaisissable. La clause contraire serait nulle et les créanciers du débi-rentier pourraient n'en tenir aucun compte (20). Ajoutons que si la rente est donnée à titre d'aliments, il ne sera pas nécessaire d'en stipuler l'insaisissabilité (art. 599 C. P. C.).

Ce que je viens de dire de l'insaisissabilité s'applique à l'incessibilité qui ne peut être stipulée que lorsque la rente est constituée à titre gratuit. Bien entendu, le donataire de la rente stipulée incessible peut disposer des arrérages après qu'il les a touchés. On enseigne qu'il peut également céder les arrérages échus et non encore touchés (21).

---

(19) C'est la copie de l'article 1981 C. N.

(20) J'ai cité plus haut la cause de *Bradford* v. *Lasnier* (R. J. Q. 24 C. S., 53), où le juge Lynch a décidé que la rente que le donateur d'un immeuble a stipulée en sa propre faveur, n'est pas exempte de saisie. Il s'agissait de l'application de l'article 599, al. 4, du code de procédure civile, et le tribunal a jugé que ce texte ne prévoit pas le cas d'une rente que le donateur constitue en sa propre faveur.

(21) Baudry-Lacantinerie, n° 319.

CHAPITRE DEUXIEME.—Des effets du contrat (22).

J'ai dit que le contrat de rente viagère est unilatéral lorsque la rente est constituée moyennant un prix en argent, et synallagmatique quand cette rente a pour cause l'aliénation d'une chose. Donc au premier cas le débi-rentier seul s'oblige (23) ; au second cas des obligations réciproques incombent aux parties, ces obligations, outre celles mentionnées ici, étant celles qui découlent du contrat de vente. Les dispositions de ce chapitre se réfèrent presque toutes aux obligations qui incombent au débi-rentier et aux recours que le crédi-rentier peut exercer pour en exiger l'accomplissement.

§ I.—*De l'obligation du débi-rentier de payer la rente.*

Cette obligation est la principale obligation du débi-rentier. Ordinairement le contrat détermine l'époque à laquelle les arrérages seront payés, et c'est à cette époque que le débiteur doit les servir. Cependant son obligation ne dure que pendant la vie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée et les arrérages ne sont acquis par le crédi-rentier que jour par jour.

L'article 1910 en a une disposition formelle:

1910. "La rente n'est due au créancier que dans la proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle elle est constituée; à moins qu'on ne l'ait stipulée payable d'avance" (24).

Le *dies a quo* ne compte pas dans la computation du nombre

---

(22) Les codificateurs ont emprunté cette rubrique au code Napoléon. Par sa généralité elle comprend les subdivisions que j'aurai à faire.

(23) Sans doute que le crédi-rentier est obligé de verser la somme en considération de laquelle la rente a été constituée, mais le contrat étant réel, il n'existera que lorsque cette somme aura été versée, et dès ce moment le débi-rentier seul s'oblige.

(24) L'art. 1980 C. N. est au même effet.

de jours, pas plus que le jour du décès de la personne dont la vie est la mesure de la durée du contrat (25).

Donc, lorsque le crédi-rentier ou la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée meurt au milieu d'un terme, le débi-rentier ne devra payer qu'une somme proportionnelle au nombre de jours que cette personne a vécu.

L'article 1910 ajoute: "à moins qu'on ne l'ait stipulée payable d'avance." Comme l'article 1980 du code Napoléon, il rejette l'opinion de Pothier (no 248), car cet auteur accordait en ce cas le droit de répétition au débi-rentier qui se trouvait avoir payé d'avance une dette qui s'était plus tard éteinte avant la fin du terme. Le législateur présume que les parties l'ont entendu ainsi. Il va sans dire que le contrat peut expressément donner ce droit de répétition au débi-rentier.

Dans le même ordre d'idées, l'article 1913 porte que "le créan-"cier d'une rente viagère n'en peut demander le paiement qu'en "justifiant de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la "rente est constituée jusqu'à l'expiration du terme pour lequel il "réclame les arrérages" (26).

Logiquement il doit en être ainsi, car la rente n'est due que tant que vit la personne sur la tête de laquelle elle est constituée, et c'est au demandeur à établir les faits qui sont la base de son droit d'action. Mais on fera cette preuve par tout mode qu'autorise le droit commun, et même par présomptions. Ainsi, quand la rente est constituée sur la tête du créancier qui en réclame le paiement, il peut invoquer une présomption de vie; il serait singulier en effet qu'il fût appelé, lui qui comparaît devant la justice, à produire des preuves de sa propre existence. On a recours en ce cas, en France, à des "certificats de vie," mais rien de tel n'existe ici.

L'article 1913 exige que le créancier prouve l'existence de la

(25) Baudry-Lacantinerie, n° 345.

(26) C'est en substance la copie de l'art. 1983 C. N., sauf les mots "jusqu'à l'expiration", etc., que ce dernier article ne contient pas.

personne "jusqu'à l'expiration du terme pour lequel il réclame les arrérages." Cette disposition est sans application lorsque les arrérages sont payables d'avance. Alors il suffit de prouver l'existence de la personne sur la tête de qui la rente est constituée au moment de l'échéance des arrérages qu'on réclame.

Le débiteur de la rente viagère n'a pas la faculté de remettre le capital de la rente et de se décharger ainsi du paiement des arrérages. C'est ce que décrète l'article 1909 en ces termes.

1909. "Le débiteur de la rente ne peut se libérer du paiement "de cette rente en offrant de rembourser le capital et en renon- "çant à la répétition des arrérages payés" (27).

Le contrat de rente, comme tout autre contrat, fait la loi des parties et l'une d'elles ne peut, sans le consentement de l'autre, se soustraire à ses effets. Il était peut-être bon, cependant, de dire que le débiteur de la rente viagère ne peut échapper à son obligation par le rachat, car les autres rentes sont essentiellement rachetables (art. 389, 390, 391, 1789).

Un autre article se rattache à l'obligation du débi-rentier de servir la rente. C'est l'article 1912 qui, lors de l'entrée en vigueur du code civil, se lisait comme suit:—

1912. "L'obligation de payer la rente ne s'éteint pas par la "mort civile de la personne sur la tête de laquelle elle est consti- "tuée. Elle continue pendant sa vie naturelle" (28).

Cependant, la mort civile ayant été abolie par le statut 6 Ed. VII, ch. 38, cet article a été abrogé et remplacé par la disposition suivante (voy. l'annexe de cette loi) :—

1912. "L'obligation de payer la rente continue pendant la "vie naturelle de la personne sur la tête de laquelle elle est cons- "tituée."

---

(27) C'est la copie de la première partie de l'article 1979 C. N. qui ajoute, bien inutilement, que le débiteur est tenu de servir la rente pendant toute la durée de la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente.

(28) L'article 1982 C. N. est au même effet.

Mais c'est précisément ce que disait l'ancien article 1912, et on n'a fait qu'enlever les mots "mort civile". Il y a même un doute de savoir si le condamné à mort ou à une peine afflictive perpétuelle peut recevoir la rente lorsqu'elle n'est pas constituée à titre d'aliments (voy. l'art. 6 de la loi précitée).

Les auteurs discutent la question de savoir si la rente est éteinte lorsque la personne sur la tête de laquelle elle est constituée meurt par la main du débi-rentier. Il est évident que la rente ne subsiste pas après le décès de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. Il est également d'évidence que le débi-rentier ne peut se soustraire à ses obligations par son crime. D'après une opinion, le débi-rentier devra être condamné à servir la rente pendant le temps d'existence que l'âge du défunt et son état de santé permettaient de lui assigner (29).

D'après une autre opinion, les héritiers du crédi-rentier peuvent demander la résolution du contrat et la restitution de la chose en considération de laquelle la rente a été créée (30).

J'aime mieux cette solution qui paraît être celle de la jurisprudence (31).

§ II.—*Des recours que peut exercer le crédi-rentier.*

Maintenant, quels sont les recours du créancier pour forcer le débiteur à payer les arrérages de la rente? Sans doute, il peut poursuivre le débiteur, mais le refus ou la négligence de celui-ci de payer n'autorise pas le créancier de demander le remboursement du prix payé ou la restitution de la chose donnée pour la constitution de la rente. C'est la disposition de l'article 1907 qui se lit comme suit:—

1907. "Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente

(29) Baudry-Lacantinerie, n° 323.

(30) Guillouard, *Contrats aléatoires*, n° 181.

(31) Dalloz, '89, 2, 188.

"n'est pas une cause suffisante pour demander le remboursement "du prix ou autre valeur donnée pour sa création" (32).

Le législateur a copié, assez aveuglément, le code Napoléon dont la disposition est l'objet d'une critique générale (33). Il est de principe, en effet, sauf dans le cas de la donation et dans celui de la vente immobilière, que l'inexécution des obligations d'une partie autorise l'autre partie à demander la résolution du contrat (art. 1065). Or le paiement de la rente est la principale obligation du débi-rentier. Toutefois, l'article 1907 est formel, et si le débi-rentier se refuse à l'accomplissement de cette obligation, le créancier ne peut que le poursuivre en justice.

Le code Napoléon (art. 1977) admet, cependant, la résolution dans un autre cas, celui où le débi-rentier ne donne pas les sûretés stipulées comme garantie du paiement de la rente. Nos codificateurs disent qu'ils avaient préparé un article correspondant pour le projet de notre code, mais qu'ils l'ont omis "comme n'exprimant qu'une règle générale commune à tous les contrats et "contenue dans le titre des obligations." C'est dire qu'ils admettent que le crédi-rentier peut demander la résolution du contrat en ce cas, et tel était l'avis de Pothier (no 228). Ajoutons que Pothier enseigne que jusqu'à ce que la résolution soit judiciairement prononcée le débiteur peut l'éviter en donnant les sûretés

---

(32) C'est la reproduction en substance de la première partie de l'art. 1978 C. N. Cet article ajoute — mais nos codificateurs n'ont pas reproduit sa disposition parce qu'elle se rattacherait, disent-ils, à un mode de la procédure différent du nôtre — que le créancier n'a que le droit de saisir et faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le paiement des arrérages.

(33) Avant le code, en 1859, le juge Berthelot avait jugé que le défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère, qui n'est pas une cause de résolution sous le code français, l'était sous notre droit canadien (*Martin* v. *Martin*, 3 L. C. J., p. 307). Le savant juge citait, à l'appui de son opinion, Chabot, *Questions transitoires*, t. 2, § 1, sur l'art. 1978 C. N. (voy. plutôt tome 3, p. 148). Les codificateurs, cependant, n'étaient pas de son avis, car ils ne donnent pas l'artcle 1907 comme étant de droit nouveau.

promises, et qu'au cas de la résolution le créancier peut garder les arrérages qu'il a reçus comme compensation du risque qu'il a couru (34).

Pour revenir maintenant aux recours que possède le créancier de la rente viagère, il y a deux hypothèses à envisager: 1° [illegible] meuble affecté au paiement de la rente est saisi par un [illegible]cier du détenteur; 2° cet immeuble a été vendu par décret et le prix doit en être distribué.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Aux termes de l'article 1908, "le "créancier d'une rente viagère assurée par privilège et hypothè-"que de vendeur sur un immeuble subséquemment saisi-exécuté, "a droit de demander que l'immeuble soit vendu à la charge de "cette rente" (35).

Le législateur suppose ici que la rente a été créée moyennant l'aliénation d'un immeuble. Dans ce cas, l'immeuble ayant été primitivement aliéné en considération de la rente, le créd[illegible]tier a le droit de demander que la vente judiciaire en soit [illegible]ment faite à la charge de cette rente. La procédure à adopter est l'opposition à fin de charge.

Avant la mise en force du code, la cour d'appel a décidé, dans la cause de *Campeau* v. *Hébert* (1 L. C. R. 24), qu'un immeuble ne pouvait être vendu en justice à la charge d'une vente viagère.

Mais depuis, la même cour a jugé, dans la cause de *Wright* v. *Moreau* (M. L. R. 1 Q. B. 456; 5 L. N. 186; 8 L. N. 371; 11 R. L. 544), que le tiers-détenteur d'un immeuble affecté au paiement d'une rente constituée, créée pour le paiement du prix de vente, même par un acte passé avant le code, n'est pas personnellement responsable du paiement de cette rente.

De même, par un jugement antérieur au code, rendu par la cour d'appel, dans la cause de *Pappans* v. *Turcotte* (8 L. C. J. 152; 7 L. C. J. 272; 15 L. C. R. 153), il a été jugé que les pro-

(34) Cette dernière décision paraît contraire au principe général qu'énonce l'art. 1088.

(35) Cet article n'existe pas dans le code français, il nous vient du statut 19 et 20 Vict., ch. 59.

priétaires par indivis de l'héritage hypothéqué au paiement des arrérages d'une rente, ne sont pas tenus solidairement au paiement de ces arrérages.

Enfin, dans la cause de *Fortin* v. *Simard* (7 R. de J. 385), le juge Gagné a décidé que la stipulation, dans une donation ou une vente d'immeuble, que le donataire ou l'acquéreur sera tenu de loger le donateur ou le vendeur, ou le tiers indiqué dans l'acte, de le nourrir, de le vêtir, de l'entretenir et d'en prendre tous les soins possibles, sa vie durant, ne renferme pas une constitution de rente viagère; et le donateur, le vendeur ou le tiers indiqué à l'acte, suivant le cas, ne peut, lorsque l'immeuble est saisi, demander que la vente en soit faite à la charge de lui payer en argent la valeur de ces prestations.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Un immeuble qui était hypothéqué comme garantie du paiement d'une rente (peu importe la cause de la constitution de la rente) est vendu en justice et le produit de la vente va être distribué. Quel est alors le recours du crédirentier?

L'article 1914 répond à cette question en ces termes:

1914. "Lorsqu'un immeuble hypothéqué au paiement d'une "rente viagère est vendu par décret forcé, ou autre procédure "ayant le même effet, ou par acte volontaire suivi d'une confir-"mation de titre, les créanciers postérieurs ont droit de recevoir "les deniers provenant de la vente en fournissant cautions suf-"fisantes que la rente continuera d'être payée; et à défaut de "telles cautions le crédi-rentier a droit de toucher, suivant l'or-"dre de son hypothèque, une somme égale à la valeur de la rente "au temps de telle collocation (36).

Cette disposition est indiquée comme étant de droit nouveau. Les codificateurs expliquent qu'autrefois le crédi-rentier avait l'option d'être colloqué, sur le produit de la vente de l'immeuble hypothéqué, pour la valeur de la rente, ou d'obliger les créanciers postérieurs de faire, sur les deniers qu'ils touchent, un

(36) Cet article ne se trouve pas au code Napoléon.

placement suffisant pour assurer le paiement de la rente, ou d'en garantir eux-mêmes le paiement. L'amendement donne l'option aux créanciers postérieurs d'être colloqués en par eux fournissant caution que la rente continuera d'être payée, ou de laisser colloquer le créancier pour la valeur de la rente suivant l'ordre de son hypothèque.

Mais comment déterminer la valeur de la rente? Autrefois on tenait compte de l'âge et de l'état de santé de la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée (37). Le code adopte une nouvelle règle, bien plus simple et plus certaine, en basant le calcul sur les tables des compagnies d'assurance (38). C'est la disposition de l'article 1915, qui est également de droit nouveau.

1915. "La valeur de la rente viagère est estimée à un montant qui soit suffisant, au temps de la collocation, pour acquérir d'une compagnie d'assurance sur la vie, une rente viagère de "pareille somme" (39).

Je vais compléter cette disposition en citant immédiatement les articles 1916 et 1917.

1916. "Si le prix de l'immeuble se trouve au dessous de la "valeur estimée de cette rente viagère, le crédi-rentier a droit de "toucher le prix, suivant l'ordre de son hypothèque, ou d'exiger "que les créanciers postérieurs donnent cautions pour la presta-"tion de sa rente jusqu'à concurrence des deniers qu'ils toucheront et des intérêts."

1917. "L'évaluation et le paiement de la rente viagère, dans "tous les cas où le créancier a droit d'en toucher la valeur, sont "sujets aux règles contenues dans les articles qui précèdent, en "autant qu'elles peuvent s'y appliquer" (40).

(37) Voy. *Desbarats* v. *Fabrique de Québec* (1 L. C. R., 84).

(38) Voy. *Collette* v. *Lefebvre* (8 L. C. J. 128).

(39) Il n'y a pas d'article semblable au code Napoléon. En l'absence d'un texte exprès, la plupart des auteurs décident que le crédirentier doit être colloqué pour un capital dont l'intérêt égale le chiffre des arrérages de la rente, et il jouit de ce capital jusqu'à extinction de la rente. Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 305.

(40) Ces deux articles n'ont pas de disposition correspondante au code Napoléon.

L'article 1916 ne consacre pas le même système que l'article 1914. Nous avons vu qu'aux termes de la nouvelle règle que formule cet article, les créanciers subséquents ont l'option, ou bien de se faire colloquer en donnant caution de servir la rente, ou bien de laisser colloquer le créancier pour la valeur de sa rente. Ici, le prix de vente étant au dessous de cette valeur, l'option appartient au crédi-rentier qui peut ou bien prendre ce qui reste de ce prix, ou bien exiger que les créanciers subséquents colloqués pour ce prix lui donnent caution de servir la rente jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont reçu. Quoiqu'il y ait un conflit entre l'article 1914 et l'article 1916, ce dernier article me paraît avoir été délibérément rédigé par les codificateurs et on doit lui donner l'effet que ses termes comportent.

Lorsque les créanciers subséquents prennent ce qui reste du prix, ils sont obligés — et c'est là l'étendue de leur cautionnement — de payer la rente jusqu'à concurrence de la somme qu'ils touchent et des intérêts produits par cette somme. Ainsi, supposons que la rente soit de cent dollars par année et que les créanciers subséquents touchent une somme de quinze cents dollars produisant un intérêt de soixante-quinze dollars. Ils sont obligés de prendre sur le capital une somme suffisante (vingt-cinq dollars la première année, et augmentant ensuite à mesure que le capital diminue) pour suppléer à l'insuffisance des intérêts. Si la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée meurt avant que la somme reçue par les créanciers soit épuisée, les créanciers gagneront la différence. Mais ils ne peuvent jamais perdre, puisque leur obligation se borne aux deniers qu'ils ont touchés et aux intérêts.

Lorsque le créancier accepte ce qui reste du prix, le débiteur personnel de la rente n'est pas entièrement déchargé, mais il peut exiger, me semble-t-il, que le créancier se paie sur le capital qu'il a reçu et ses intérêts. Après épuisement de ce capital il sera obligé de servir la rente.

TITRE TREIZIÈME.

DES TRANSACTIONS.

I. Nature de la transaction. — Dans un sens très large, le mot *transaction* est l'équivalent de *convention*. Dans le langage juridique, toutefois, la transaction est une convention d'un genre spécial, celle qui a pour but de prévenir ou de régler un procès. D'après une autorité éminente (1), Pothier ne se serait pas occupé de la transaction (2), et les auteurs du code Napoléon auraient pris Domat comme leur guide dans la rédaction de ce titre. De fait, nos codificateurs ne citent Pothier sous aucun des articles de ce titre.

Notre article 1918 définit la transaction en ces termes:—

1918. "La transaction est un contrat par lequel les parties "terminent un procès déjà commencé ou préviennent une contes-"tation à naître, au moyen de concessions ou de réserves faites "par l'une des parties ou par toutes deux."

Avant de discuter la valeur de cette définition, citons la définition correspondante de l'article 2044 du code Napoléon. "La "transaction", dit cet article, "est un contrat par lequel les par-"ties terminent une contestation née ou préviennent une contes-"tation à naître." Cet article ajoute que la transaction doit être rédigée par écrit.

Mais qui ne voit que cette définition est défectueuse en ce qu'elle omet de dire de quelle manière la contestation doit être terminée ou prévenue pour qu'il y ait transaction? Aussi les commentateurs proposent-ils de définir la transaction comme étant

(1) Baudry-Lacantinerie, *Transaction*, n° 1199.

(2) Ceci n'est pas tout-à-fait exact. Bien que Pothier n'ait pas publié un traité spécial sur la transaction, il en est question dans ses œuvres complètes, édition de Bugnet, t. 2, p. 22, t. 3, pp. 257 et 258, et t. 10, p. 355.

un contrat par lequel les parties tranchent, à l'aide de sacrifices réciproques, une question qui leur paraît litigieuse (3).

Je ne trouve qu'un seul reproche à faire à la définition de notre article 1918, mais ce reproche est sérieux. Elle indique très bien ce qui est de l'essence de la *transaction,* savoir le règlement d'une contestation née ou à naître au moyen de concessions, mais elle pèche en ce qu'elle n'exige pas la *réciprocité* des concessions, ce qui, d'après tous les auteurs, est également de l'essence de la transaction (4). Au contraire, aux termes de notre article, il suffirait que les concessions émanent d'une seule des parties. Ainsi on ne voit pas comment, avec une telle définition, on distinguerait la transaction du désistement ou de l'acquiescement, où assurément les concessions n'émanent que d'une seule des parties (5). Malgré l'article du code, donc, et à raison de l'impossibilité, si nous le suivons à la lettre, de distinguer la transaction du désistement ou de l'acquiescement, je crois que l'on doit exiger la réciprocité des concessions. Je me hâte toutefois d'ajouter qu'il n'est pas nécessaire que les concessions soient égales de part et d'autre. Une concession très légère peut amener souvent l'abandon entier d'une prétention douteuse, et pour peu qu'il y ait telle concession, il y aura transaction (6).

---

(3) Baudry-Lacantinerie, *ouvrage cité,* n° 1205.

(4) Voy. le même auteur, n° 1205, et renvois.

(5) L'erreur des codificateurs provient du fait qu'ils se sont trop aveuglément inspirés de Domat (voy. l'édition de Rémy, t. 1er, p. 342), dont la doctrine à cet égard est universellement critiquée.

(6) La cour d'appel, dans la cause de *Doutney* v. *Richard* (24 L. C. J., 30), a jugé que, pour constituer une transaction, il est nécessaire que le contrat mentionne la contestation légale que les parties ont eu l'intention de régler et qu'il soit apparent qu'elles ont voulu faire un compromis au sujet de leurs droits respectifs; autrement, il n'y aurait qu'un simple désistement. On y a également fait la distinction entre la transaction et la résiliation d'un contrat.

Je me contente de mentionner la décision de la cour d'appel, dans la cause de *Jetté* v. *Dorion* (M. L. R. 6 Q. B. 438), où on a posé le principe très évident que la transaction ne s'applique qu'aux choses qui sont indiquées au contrat comme faisant l'objet de cette transaction.

Il est facile de distinguer la *transaction* du *compromis*. Dans le premier cas les parties se font leurs propres juges, dans le second elles substituent aux juges ordinaires des juges de leur choix. Toutefois rien n'empêcherait que la transaction ne renfermât accessoirement un compromis sur l'une des questions débattues dans un procès ou susceptibles de l'être.

Il va sans dire que l'objet de la transaction doit être licite. Ainsi, il y a certaines contestations que les parties n'ont pas le droit de régler, ou qu'elles ne peuvent régler qu'avec l'assentiment de la Couronne. Telles sont les actions *qui tam,* c'est-à-dire les actions pénales où le demandeur réclame une amende qu'il doit partager avec la Couronne. Ces actions ne peuvent être discontinuées qu'avec le consentement du gouvernement (art. 5717 S. R. P. Q.). Telles sont encore les poursuites criminelles, dont le règlement sans autorisation serait une offense criminelle. Le code français contient un article (l'art. 2046) portant qu'on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit et que la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public. Nos codificateurs disent qu'ils ont omis cet article pour la raison qu'il serait incompatible avec la défense de transiger sur félonie contenue dans notre loi criminelle. La raison donnée par les codificateurs ne me convainc pas. Tout crime ou délit donne naissance à deux actions, celle du pouvoir public qui demande la punition du crime, et celle de la partie lésée par le crime qui de-

---

Deux arrêts, cependant, peuvent être cités un peu moins sommairement.

Le premier, rendu par le juge Jetté dans la cause de *Desautels* v. *Filiatrault* (M. L. R., 6 C. S., 238), décide qu'un défendeur, arrêté sous bref de *capias*, qui règle avec le demandeur sans se réserver un recours en dommages, ne peut plus tard réclamer du demandeur le préjudice qu'il éprouve par suite de son arrestation.

Le second est une décision de la cour d'appel, *Wood* v. *Davis* (R. J. Q., 4 B. R., 453). On y a jugé qu'une vente immobilière, bien qu'elle puisse être annulée pour fraude, à la demande d'un créancier, peut cependant être l'objet d'une transaction valable entre les parties et le créancier, lequel, en considération de la transaction, renonce à son action paulienne.

mande la réparation du préjudice qu'elle en éprouve. Ces deux actions sont distinctes: la première ne peut être réglée qu'avec le consentement du pouvoir public qui y joue le rôle de demandeur; la seconde appartient uniquement à la victime du crime et rien n'empêche qu'elle ne fasse une transaction avec le coupable. Serait nul cependant le règlement de l'action civile qui stipulerait l'abandon de l'action criminelle, car alors il y aurait règlement d'une offense criminelle. Je ne vois donc pas objection à admettre le principe, entendu comme il doit l'être, qu'énonce l'article 2046 du code français (7).

Je puis signaler quelques autres actions qui n'admettent pas de transaction. Telles sont l'action en réclamation ou en contestation d'état. On enseigne également qu'elle est impossible en matière de filiation, d'interdiction, de validité de mariage, de tutelle et de puissance paternelle (8). La raison en est que l'ordre public est intéressé en ces matières, ce qui entraîne l'application de notre article 13.

La transaction est un contrat contensuel, synallagmatique (puisqu'il faut, à mon avis, qu'il y ait réciprocité de concessions), et à titre onéreux. J'ajoute qu'elle est en principe déclarative et non translative des droits qui en font l'objet (9); on se désiste d'un procès plutôt qu'on n'acquiert un droit nouveau. L'ancienne jurisprudence était dans ce sens (10), et à quelques dissidences près il en est de même de la doctrine moderne. Parmi les conséquences de ce principe, je puis signaler les suivantes: 1° la transaction n'est pas un titre translatif de propriété pouvant servir de base à la prescription de dix ans; 2° elle ne renferme, par elle-même, aucune obligation de garantie quant aux droits dont elle reconnaît l'existence; 3° lorsqu'un époux marié sous le régime de la communauté voit affermir son titre à un

---

(7) Cette solution était admise dans l'ancien droit. Voy. Argou, t. 2, p. 460.

(8) Baudry-Lacantinerie, n° 1261.

(9) Bien entendu, elle peut être translative lorsqu'une chose qui n'était pas l'objet du litige a été transférée à l'une des parties.

(10) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 1302 et renvois.

immeuble au moyen d'une transaction, cet immeuble lui reste propre, à moins cependant que son titre d'acquisition ne soit subséquent au mariage (11). La communauté a cependant droit à une récompense pour la somme que l'époux a payée pour faire cesser la demande portée contre lui (12).

II. Capacité requise pour la transaction. — Aux termes de l'article 1919 "ceux-là seuls qui ont la capacité légale de disposer "des objets compris dans la transaction peuvent en transi- "ger" (13).

A première vue cet article serait contraire au principe que je viens d'énoncer que la transaction est déclarative et non pas translative de propriété. On ne peut se cacher, toutefois, que celui qui abandonne ses prétentions à une chose fait un acte d'aliénation, il dispose du moins de la prétention qu'il émettait, et il s'ensuit que cet acte exige de lui la même capacité que tout autre acte de disposition.

Donc l'administrateur ne peut transiger, le mari ne le peut à l'égard des biens propres de sa femme commune, et le mandataire a besoin, pour la consentir, d'une procuration expresse. Le tuteur ne peut transiger, dit l'article 307, qu'après y avoir été autorisé par le tribunal, le juge ou le protonotaire, sur avis du conseil de famille. Accompagnée de ces formalités, ajoute cet article, la transaction a le même effet que si elle était faite par un majeur.

Il n'y a là cependant qu'application du principe général qu'énonce notre article, savoir que la transaction exige la capacité de disposer.

---

(11) Voy. Pothier, *Communauté*, nos 161, 164.

(12) Ces solutions ne s'appliquent pas lorsqu'une chose, qui n'est pas l'objet du litige, est transportée à une partie en règlement de la contestation. Voy. ma note (9), *supra*.

(13) C'est la copie du premier alinéa de l'article 2045 du code Napoléon. Notre code ne reproduit pas les autres alinéas de cet article où il est question des transactions faites par un tuteur ou par une commune ou un établissement public.

On a d'ailleurs appliqué ce principe en déniant à l'avocat le droit de transiger sans un pouvoir exprès de son client (*King* v. *Pinsonnault,* conseil privé, 22 L. C. J.. 58 et 6 App. Cas., 245), et en décidant que cette capacité existe chez une corporation municipale (*Bachand* v. *La corporation de Saint-Théodore d'Acton,* Sicotte, J., 2 R. L.,325; *Roy* v. *Corporation de Sainte-Cunégonde,* Pagnuelo, J., M. L. R., 5 S. C., 361 et 13 L. N., 43).

III. Effet de la transaction. — L'article 1920, copie du premier alinéa de l'article 2052 du code Napoléon, dit que "la tran-"saction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en der-"nier ressort."

Le législateur donne cet effet absolu à la transaction parce que, les parties jugeant elles-mêmes le différend qui était survenu entre elles, il lui a paru logique de donner à leur décision le même effet qu'au jugement qui aurait tranché définitivement la difficulté.

On ne peut se cacher, toutefois, qu'il existe, entre le jugement et la transaction, des différences essentielles. Ainsi le jugement, et il s'agit, bien entendu, de celui qui est passé en état de chose jugée (14), ne peut être rendu que sur une contestation née, tandis que la transaction peut régler une contestation à naître; le jugement ne peut être mis de côté pour vice de consentement, il en est autrement de la transaction; l'hypothèque judiciaire peut être acquise en vertu d'un jugement, tandis que la transaction n'aurait cet effet que si une hypothèque conventionnelle est formellement stipulée; enfin le jugement est exécutoire, la transaction, au contraire, ne peut être mise à effet qu'au moyen d'une poursuite en justice (15).

---

(14) En parlant de la chose jugée en dernier ressort, il est clair que l'article 1920 n'entend pas tant un jugement rendu par le tribunal le plus élevé de notre hiérarchie judiciaire, qu'un jugement dont il n'y a pas d'appel possible, soit parce que ce jugement émane d'une cour de dernier ressort, soit parce que les délais d'appel sont expirés sans qu'on se soit pourvu contre le jugement.

(15) Nous verrons qu'il y a encore d'autres différences.

Cependant l'article 1920 est dans le vrai quant à ce qui est le principal effet de la transaction, qui est de mettre fin au différend aussi efficacement que le ferait un jugement passé en état de chose jugée. Nous verrons cependant qu'à certains égards la position de celui qui a transigé est plus avantageuse que celle du débiteur condamné par un jugement passé en état de chose jugée.

L'article 1921 énonce en ces termes l'une des conséquences de l'assimilation de la transaction au jugement définitif.

1921. "L'erreur de droit n'est pas une cause de rescision des "transactions. Sauf cette exception les transactions peuvent être "annulées pour les mêmes causes que les contrats en général, su- "jettes néanmoins aux dispositions des articles qui suivent" (16).

Il y a deux choses à remarquer au sujet de cet article: 1° l'erreur de droit n'est pas une cause de rescision des transactions; 2° les autres causes de nullité des contrats s'appliquent à la transaction malgré son assimilation au jugement passé en état de chose jugée.

On justifie la disposition qui ne permet pas d'invoquer l'erreur de droit lorsqu'il s'agit de transaction, en disant que les parties n'ont pas dû transiger sans s'éclairer auprès de jurisconsultes compétents, et que c'est sur le doute même qu'elles éprouvaient quant au bien-fondé de leurs prétentions qu'elles ont voulu transiger. Du reste, le but essentiel de la transaction est de mettre fin au différend, et ce but serait bien souvent frustré si une partie pouvait plus tard prétendre qu'elle s'est trompée sur une question de droit.

Mais l'erreur de fait annulera une transaction dans les mêmes cas qu'elle annule un contrat ordinaire (17). Nous trouverons

---

(16) Le deuxième alinéa de l'article 2052 du code français dit que la transaction ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit ou de lésion. Il n'ajoute pas, comme notre article, que, sauf cette exception, elle peut être annulée pour les mêmes causes que les contrats en général.

(17) L'article 2053 C. N., que notre code ne reproduit pas, dit que la transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation, et qu'elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence. La déclaration générale de notre article 1921 suffit.

plus loin quelques applications de ce principe. Voy. au surplus, ce que j'ai dit de l'erreur dans mon commentaire du titre *Des obligations* (18).

Il y a cependant exception dans le cas où l'erreur ne porte que sur le calcul des sommes que l'une des parties doit payer à l'autre. Ce n'était pas la peine d'annuler la transaction en ce cas, et la loi rend pleine justice à la partie lésée en disant (art. 1926) que "l'erreur de calcul dans une transaction peut être réparée" (19).

Il faut que cette erreur se trouve dans la convention même; l'erreur de calcul commise par l'une des parties, avant les pourparlers de la transaction, ne motiverait pas une demande de rectification (20).

Il a été question des raisons qui peuvent faire annuler la transaction dans deux décisions du conseil privé: *Trigge* v. *Lavallée,* 15 Moore, 270 et *King* v. *Pinsonneault,* 6 A. C., 245. On y a reconnu que les transactions peuvent être attaquées pour cause d'erreur de fait, pourvu que le fait sur lequel on s'est trompé ait été le motif déterminant de la transaction.

Dans la cause de *Charlebois* v. *Charlebois,* 26 L. C. J., 376, la cour d'appel a jugé que celui qui demande l'annulation d'une transaction doit offrir de remettre ce qu'il a reçu en vertu de cette transaction.

Dans la cause de *Coulombe* v. *Nadeau,* 19 R. L., 375, il s'agissait d'une transaction par laquelle le demandeur, qui poursuivait pour une pension alimentaire, avait accepté une rente annuelle déterminée. Dans ces circonstances la cour d'appel a décidé que le demandeur ne pouvait réclamer un plus fort montant à moins de prouver que sa position avait changé et que ses besoins avaient augmenté.

Enfin, dans la cause de *Sainte-Marie* v. *Smart,* R. J. Q., 2 C. S., 292, le demandeur, croyant à tort s'être exposé à une action

---

(18) Tome 5, p. 211 et suiv.

(19) C'est la copie textuelle de l'art. 2058 C. N.

(20) Baudry-Lacantinerie, n° 1254. Voy. aussi la cause de *Lefebvre* v. *Aubry,* 26 Supreme Court Reports, 602.

criminelle en brisant du fer qu'il avait acheté de bonne foi d'un tiers, s'engagea à payer au défendeur une somme qui dépassait beaucoup la valeur du fer. Dans ces circonstances, le juge Jetté a jugé que la crainte d'un procès suffit pour motiver une transaction et que le demandeur ne pouvait attaquer la transaction en opposant l'erreur de droit qui l'avait porté à la consentir.

Pour revenir à l'article 1921, nous voyons que, sauf l'erreur de droit, toutes les autres causes de nullité des contrats s'appliquent à la transaction.

Le code indique cependant quelques autres causes de nullité qui sont spéciales à la transaction, mais qui se rattachent toutes à l'erreur de fait.

C'est d'abord la nullité du titre qui a servi de base à la transaction. "Il y a également lieu à l'action en rescision contre une "transaction", dit l'article 1922, " lorsqu'elle a été faite en exé-"cution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressé-"ment traité sur la nullité" (21).

Par *titre*, disent les auteurs, il faut entendre la *convention*, le *fait juridique* qui sert de base au droit contesté, et non pas *l'acte écrit* qui lui sert de preuve (22). Ainsi, me prétendant héritier d'une personne, je transige avec un légataire qui me présente un testament que nous ignorons tous deux avoir été révoqué par un testament subséquent fait en ma faveur. L'erreur étant découverte, et le titre qui servait de base au droit réclamé par le légataire se trouvant nulle, je puis faire rescinder la transaction.

Mais il faut que mon erreur soit une erreur de fait et non pas de droit. Ainsi, la personne avec qui j'ai transigé m'a présenté un testament fait suivant la forme anglaise, mais signé par le testateur devant un seul témoin, et j'ignorais que ce testament

(21) • C'est encore la copie textuelle de l'article 2054 du code français.

(22) Guillouard, *Transactions*, n° 150; Baudry-Lacantinerie, même ouvrage, n° 1247.

fût nul. Mon erreur étant une erreur de droit, je ne puis demander la rescision de la transaction (23).

Comme le dit du reste notre article, le recours en rescision ne sera pas admis quand les parties ont expressément traité sur la nullité. Alors c'est le doute quant à cette nullité qui a déterminé la transaction. D'ailleurs il n'y a pas place, dans cette hypothèse, à l'erreur de fait, car les parties ayant traité sur cette nullité, l'ont nécessairement connue. S'il y a eu erreur, cela n'a été qu'une erreur de droit, et cette erreur ne donne pas lieu à rescision de la transaction.

Une deuxième cause de nullité de la transaction, c'est la fausseté des pièces sur la foi desquelles les parties ont transigé. En effet, l'article 1923, qui est de droit nouveau, porte que "la transaction sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle" (24).

La loi suppose que l'une des parties appuie sa prétention sur des pièces ou documents, et que l'autre partie, craignant que ces pièces ne déterminent une décision contraire à ses intérêts, s'empresse de conclure une transaction avec son adversaire. Plus tard, elle découvre la fausseté de ces pièces, qu'elle croyait véridiques lors de la transaction. Elle a donc transigé sous l'empire d'une erreur de fait, et il s'ensuit qu'elle peut demander la rescision du contrat. Il va sans dire que si elle connaissait la faus-

---

(23) Telle est l'opinion de la très grande majorité des auteurs en France. Voy., pour les renvois, Baudry-Lacantinerie, n° 1248, et note. Le même auteur (n° 1248 *bis*) enseigne qu'il suffit que le demandeur en nullité affirme avoir transigé sous l'empire d'une erreur de fait, qu'il n'est pas tenu d'en faire la preuve, et même que son adversaire n'est pas recevable à prouver le contraire. Je crois cette opinion mal fondée. A mon avis la règle *actori incumbit probatio* s'applique ici comme dans tous les autres cas. J'ajouterai que la difficulté de prouver une proposition négative du genre de celle dont il s'agit, a disparu depuis que les parties sont admises à témoigner en leur faveur.

(24) C'est la copie de l'article 2055 du code Napoléon qui a également innové à l'ancien droit.

seté lors de la transaction, elle ne pourra pas exercer l'action en rescision.

J'ai dit que notre article est de droit nouveau. Sous l'ancien droit, comme sous le droit romain, la transaction n'était annulée que sur les chefs qui avaient été déterminés par les pièces reconnues fausses. La nouvelle règle, que nos codificateurs ont préférée à l'ancienne, regarde la transaction comme un tout indivisible, et pour peu que le consentement de l'une des parties ait été déterminé par les pièces fausses, elle annule la transaction en entier.

Bien entendu, il faut que la transaction ait été faite sur la foi des pièces reconnues fausses, en d'autres termes que le consentement de la partie ait été déterminé par ces pièces. Autrement, les pièces n'ayant exercé aucune influence sur ce consentement, leur fausseté est chose absolument indifférente.

Il n'importe du reste que la fausseté de la pièce ait été connue de l'une des parties, l'autre partie, ayant transigé dans l'ignorance de cette fausseté, aura le recours de l'action en rescision. Et même, quand toutes les parties ont ignoré la fausseté de la pièce, chacune d'elles, si son consentement a été déterminé par cette pièce, pourra attaquer la transaction (25).

Une troisième cause de nullité est exprimée en ces termes par l'article 1924 :

1924. "La transaction sur un procès terminé par un juge-"ment passé en force de chose jugée dont les parties où l'une "d'elles n'avaient point connaissance est nulle. Mais si le juge-"ment est susceptible d'appel, la transaction est valable" (26).

Ici encore nous rencontrons une application du principe que les transactions sont rescindables pour cause d'[illegible] de fait. Le législateur suppose qu'un jugement passé en force de chose jugée avait mis fin au débat, alors que l'une des parties, dans l'igno-

(25) Baudry-Lacantinerie, n° 1249.

(26) C'est la copie presque textuelle de l'art. 2056 du code Napoléon.

rance de ce jugement, a transigé avec l'autre. Il est évident que la partie lésée par la transaction n'eût pas transigé si elle avait connu le jugement. Son erreur est donc substantielle et lui donne le droit de demander l'annulation de la transaction.

L'article 1924 ajoute que si le jugement est susceptible d'appel, la transaction est valable. Ceci me semble moins logique, car il paraît clair que la partie dont les prétentions ont été maintenues par le jugement n'eût pas consenti à en sacrifier une partie si elle avait connu ce jugement. Le motif de la loi c'est que, malgré ce jugement, le doute n'en subsiste pas moins, car il est possible qu'un tribunal d'appel infirme le jugement qui a été rendu. Quoi qu'il en soit la loi est formelle.

Par jugement susceptible d'appel, il faut entendre un jugement qui peut être attaqué par une voie ordinaire de recours. Ainsi la possibilité d'une requête civile ou d'une tierce-opposition serait indifférente.

Il ne nous reste qu'une espèce à considérer, celle de la transaction générale de toutes les affaires qui étaient contestées entre les parties. Ainsi, il y avait entre les parties plusieurs procès ou plusieurs sujets de procès et elles sont convenues de les régler tous par une seule et même transaction. On découvre plus tard des documents qui étaient, lors de la contestation, inconnus des parties ou de l'une d'elles. Y aura-t-il cause de rescision de la transaction?

L'article 1925, qui reproduit en substance l'article 2057 du code Napoléon, répond à cette question en ces termes:—

1925. "Lorsque les parties ont transigé généralement sur "toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, la décou- "verte subséquente de documents qui leur étaient alors inconnus "ne leur donne pas cause de rescision de la transaction, à moins "qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties.

"Mais la transaction est nulle si elle n'a qu'un objet sur lequel "les pièces nouvellement découvertes établissent que l'une des "parties n'avait aucun droit."

Donc il a une distinction à faire. Sauf le cas de rétention des pièces par l'une des parties, et alors il y a dol, la découverte

subséquente de pièces n'affectera pas la validité de la transaction générale, car on présume que la partie aurait accepté une transaction générale, même si elle avait connu des pièces qui ne portent que sur un des points du litige. Du reste, à raison de l'indivisibilité de la transaction, l'action en rescision ne serait recevable qu'à la condition que la transaction tout entière tombât, résultat qui a paru fâcheux. Toutefois, et pour la même raison, si la transaction n'a qu'un seul objet et que les pièces nouvellement découvertes établissent que l'une des parties n'y avait aucun droit, la transaction pourra être attaquée par la partie lésée.

TITRE QUATORZIÈME

DU JEU ET DU PARI.

Nous allons maintenant étudier le titre le plus court du code civil, puisqu'il ne se compose que de deux articles, mais c'est l'un des plus importants à raison des nombreuses questions auxquelles il a donné lieu.

Le code ne définit pas le *jeu* et le *pari*. M. Baudry-Lacantinerie (1) en donne la définition suivante que nous pouvons adopter.

"Le *jeu* est une convention par laquelle chaque joueur, pour "le cas où il perdrait, s'oblige à payer au gagnant une certaine "somme d'argent ou toute autre chose, qui forme ce que l'on ap- "pelle l'*enjeu* de la partie.

"Le *pari* est une convention intervenue entre deux personnes "qui sont en désaccord sur un sujet quelconque, et par laquelle "chacun des parieurs s'oblige, pour le cas où son opinion serait "reconnue mal fondée, de payer à l'autre une certaine somme "ou un objet déterminé."

Le même auteur (n° 13) distingue le *jeu* et le *pari* en considérant le point de vue auquel les parties envisagent l'événement d'où dépend le contrat. Si ces parties doivent jouer un rôle actif dans cet événement, c'est-à-dire si celle d'entre elles qui fera naître cet événement doit gagner, il y a jeu; au contraire, si l'événement est indépendant de la volonté et du fait des parties, il y a pari.

Le législateur, animé de considérations de l'ordre moral, reprouve le jeu et le pari. Il refuse donc son secours aux joueurs et aux parieurs, et il leur dénie l'action civile, soit pour se faire payer l'enjeu, soit pour le répéter s'il a été payé. Mais certains jeux ont pour but d'exercer ou d'endurcir le corps et ces jeux

(1) Contrats aléatoires, n° 12.

ne sont pas réprouvés. Il convient donc de distinguer les uns des autres, ce que je ferai en parlant d'abord du jeu que j'appellerai illicite (2) et ensuite du jeu permis.

§ I. Du jeu illicite.

La règle qui domine cette matière, c'est que l'engagement qui naît du jeu ou du pari est de ceux que la loi ne reconnaît pas et auxquels elle refuse l'action civile. Telle est la règle que l'article 1927 énonce en ces termes:—

1927. "Il n'y a pas d'action pour le recouvrement de deniers "ou autres choses réclamées en vertu d'un contrat de jeu ou d'un "pari; mais si les deniers ou les choses ont été payés par la par- "tie qui a perdu, ils ne peuvent être répétés, à moins qu'il n'y "ait preuve de fraude" (3).

D'après l'opinion qui domine en France (4), et que j'adopte, l'obligation qui découle du jeu ou du pari (je fais, bien entendu, abstraction des jeux prohibés par la loi criminelle) est une obligation naturelle. Il n'existe aucune action pour en contraindre le paiement, mais si le débiteur paie volontairement, il ne peut, en l'absence de fraude, répéter les deniers ou autres choses qu'il a payés. Il n'y a là du reste qu'application du principe de l'article 1140, alinéa 2, aux termes duquel "la répétition n'est pas "admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontai- "rement acquittées."

Mais certains jeux sont prohibés par la loi criminelle (art. 226 et suiv., code crim., éd. 1906), comme les jeux qui se font dans une maison de jeu publique (art. 229 code crim.); les jeux inté-

(2) Cela ne veut pas dire que le jeu est en soi un crime, quoique certains jeux le soient.

(3) On peut dire qu'en substance cet article reproduit les articles 1965 et 1967 du code Napoléon. Notons, toutefois, la substitution, dans notre article, du mot "fraude" aux mots "dol, supercherie ou escroquerie" qui se trouvent à l'art. 1967 C. N., et l'omission du mot "volontairement" que ce dernier article emploie pour qualifier le paiement fait par le perdant.

(4) Voy. les autorités que cite Baudry-Lacantinerie, n° 85.

ressés dans un wagon de chemin de fer ou un bateau à vapeur servant de voie de transport public pour les voyageurs (art. 234 do), les loteries (art. 236 do), et le jeu sur la hausse ou la baisse d'actions, denrées ou marchandises (art. 231, 232 do), sans intention de prendre ou de donner livraison. Faut-il excepter ces jeux de la disposition de l'article 1927 et autoriser la répétition d'un paiement effectué volontairement, et sans qu'il y ait eu de fraude de la part du gagnant, pour acquitter la dette qui naît d'un jeu prohibé par la loi criminelle? Il me paraît impossible de distinguer en présence d'une disposition aussi générale. Une même règle, en matière de droit civil, s'applique à tous les contrats de jeu, prohibés ou non, et cette règle refuse au gagnant l'action en recouvrement du montant gagné, et au perdant l'action en répétition du montant payé volontairement et sans qu'il y ait eu fraude. Malgré donc que ce jeu constitue une offense criminelle, s'il a été loyal, la répétition du montant payé sera impossible (5).

Je vais maintenant examiner brièvement les conséquences: 1° du refus d'action au gagnant; 2° du refus de répétition au perdant qui a volontairement acquitté sa dette.

I. **Refus d'action au gagnant.** — Aux termes de l'article 1927, "il n'y a pas d'action pour le recouvrement de deniers ou "autres choses réclamées en vertu d'un contrat de jeu ou d'un "pari."

L'article 1965 du code français dit: "La loi n'accorde aucune "action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari." Y a-t-il là une différence réelle? En d'autres termes, est-ce le contrat de jeu seul, c'est-à-dire la convention que l'enjeu sera payé par le perdant au gagnant, qui est privé d'action, ou en est-il de même des contrats faits à l'occasion du jeu ou pour favoriser le jeu?

On ne saurait nier que l'expression "dette de jeu" ne soit plus élastique que les mots "choses réclamées en vertu d'un contrat

(5) Pour une solution semblable, voy. Baudry-Lacantinerie, n° 92.

de jeu". Les codificateurs ne s'expliquent pas sur ce changement d'expression. Ils disent que "les articles 1927 et 1928 expriment "des règles générales de l'ancien comme du nouveau droit fran- "çais, reproduisant presque en entier les articles 1965, 1966 et "1967 du code Napoléon, et sont conformes aux décisions qu'on "trouve dans les auteurs anglais."

Je crois qu'au fond les deux dispositions énoncent la même idée, car ici, comme en France, c'est la dette de jeu, c'est-à-dire la dette qui résulte du contrat de jeu, qu'on peut proscrire. Malgré le changement d'expression, la portée des deux articles me paraît identique sur ce point.

La question offre de l'intérêt quand il s'agit d'étudier les solutions de la doctrine française sur la question très difficile de l'avance de deniers aux joueurs. Cette avance est-elle privée d'action civile?

Sous l'ancien droit, le prêteur qui avait fait des avances en vue du jeu, n'avait pas d'action pour le recouvrement de la somme prêtée. L'ordonnance de 1629 (art. 138) défendait "à toute per- "sonne de prêter argent, pierreries ou autres meubles, pour "jouer, ni répondre pour ceux qui jouent, à peine de perte de "leurs dettes et nullité des obligations."

Dans le droit français moderne les solutions suivantes sont enseignées (6) :—

1. Les avances faites avant ou pendant une partie de jeu, par un joueur à l'autre, pour lui permettre de commencer ou continuer le jeu, constituent une dette de jeu privée d'action civile, et il en est de même de l'avance faite par un parieur à l'autre avant le pari, ou du versement fait dans la caisse des jeux d'un cercle, en vue d'alimenter les prêts faits aux joueurs.

2. Les avances faites avant ou pendant une partie à l'un des joueurs par un tiers qui ignore la destination des sommes prêtées, sont recouvrables par action civile. Il en est autrement si le tiers connaît la destination des deniers. Sur ce dernier point il y a controverse, quelques auteurs et arrêts tenant que le prêt est valide.

---

(6) Baudry-Lacantinerie, n°s 125 et suiv.

3. Les avances faites par un tiers associé aux chances du jeu, ou qui doit en tirer profit, ou par le directeur ou employé d'un cercle ou maison de jeu, au cours d'une partie où ce directeur ou employé n'est pas lui-même intéressé, sont des dettes de jeu et partant sont privées d'action.

4. Enfin on peut poursuivre le recouvrement d'avances faites à la suite d'une partie, pour permettre à un joueur de payer sa dette de jeu, ainsi que de la somme payée directement par le tiers sur l'ordre du perdant, et cela que le tiers connaisse ou non la destination de la somme prêtée ou payée. On refuse l'action cependant lorsque cette avance est faite par une personne qui a participé au jeu ou y était intéressée (7).

Dans notre jurisprudence, je trouve cinq arrêts qui portent plus ou moins directement sur ces questions.

Le premier (*Amesse* v. *Latreille,* cour de circuit, Caron, J., 7 L. N., 326) juge qu'un prêt d'argent fait par une personne qui a cessé de jouer à un des joueurs qui continue, le prêteur n'étant pas intéressé au jeu, peut être recouvré devant les tribunaux.

Le second (*Eager* v. *Lajeunesse,* cour de circuit, Johnson, J., 8 L. N., 190), d'après l'arrêtiste, décide qu'une personne tenant une maison de jeu et qui, ayant quelque intérêt au jeu, prête à une personne jouant aux cartes, dans son établissement et sous ses yeux, une somme qu'elle sait destinée au jeu, n'a pas d'action pour le recouvrement de la somme ainsi prêtée.

Le troisième arrêt (*Dion* v. *Lachance,* Routhier, J., R. J. Q., 14 C. S., 77) (8) maintient l'action intentée par un tiers porteur de bonne foi d'un chèque donné par un joueur à un autre joueur en reconnaissance d'un prêt d'argent fait pendant la partie. Ce jugement ne se prononce pas sur la légalité d'un tel prêt.

Le quatrième arrêt a été rendu, dans la cause de *Le Club Ca-*

---

(7) Pont (nº 648) et Baudry-Lacantinerie (nº 130) contestent cette solution, ce dernier (nºs 131 et 132) admettant même la validité de l'avance faite par le gagnant au perdant, pour lui permettre de payer sa dette, sauf lorsque ce prêt est fait dans le but d'induire l'emprunteur à continuer à jouer avec le prêteur.

(8) L'arrêtiste se contente de publier un sommaire ou *jugé*.

nadien v. *Jacotel,* par la cour de révision, Taschereau, White, Choquette, JJ., R. J. Q., 16 C. S., 312; on y a déclaré nulle et illégale l'obligation résultant de l'endossement d'un billet signé par le gérant d'un club, pour garantir l'emploi d'une somme d'argent à lui remise par ce club, afin de faciliter le change pour le jeu de cartes et les consommations du club.

Enfin je puis citer la décision du juge Langelier, dans la cause de *Venne* v. *Christin* (R. J. Q., 16 C. S., 164), où le savant juge a décidé que le prêteur n'est pas privé de son action en recouvrement, par le fait qu'il sait que l'emprunteur se propose de jouer à la bourse avec l'argent qu'il lui avance, s'il n'a pas lui-même participé à ce jeu ou fait l'avance pour le favoriser.

Maintenant, envisageant les solutions de la doctrine française que j'ai rapportées plus haut, la seule qui me paraisse faire difficulté, c'est celle qui refuse toute action au tiers qui, étranger d'ailleurs au jeu, a prêté des deniers au joueur avec la connaissance que celui-ci allait les employer au jeu. Car, en principe, pour qu'une obligation soit nulle, il ne suffit pas que l'un des contractants se soit proposé un but que la loi réprouve, il faut que la cause même du contrat soit illicite (9). D'ailleurs, il se peut que l'emprunteur ne joue pas et dans ce cas refuserait-on toute action au prêteur parce que, lors du prêt, l'emprunteur, à la connaissance du prêteur, avait l'intention de jouer? Et le texte de notre article, qui refuse l'action pour le recouvrement de deniers ou autres choses réclamées en vertu d'un *contrat de jeu,* peut-il être invoqué pour autoriser le refus de l'action basée sur un *contrat de prêt,* pour la raison que le prêteur savait que la somme prêtée allait permettre à l'emprunteur de faire un *contrat de jeu?* L'argument le plus fort que l'on puisse invoquer, à mon sens, pour justifier le refus de l'action, c'est celle qui s'appuie sur l'autorité de l'ancien droit et surtout sur la disposition formelle de l'ordonnance de 1629. Mais cette disposition n'a pas été reproduite par le code et la difficulté, qui résulte des termes

(9) Comp. Demolombe, t. 24, n° 355.

La distinction entre le *motif* des contractants et la *cause* du contrat, est quelquefois difficile à faire. Elle est pourtant essentielle.

de l'article 1927, comme du reste des principes généraux, reste entière. La lecture même du raisonnement des partisans de cette opinion—et ce sont les plus grands noms de la doctrine française—ne dissipe pas le doute à mes yeux et ne me convainc pas (10).

Il me semble qu'il faudrait plus que la connaissance du prêteur du but que se propose l'emprunteur, pour mettre celui-ci à l'abri d'une action en restitution de la somme prêtée. Je crois qu'il devrait résulter des circonstances du fait, que non seulement le prêteur connaissait la destination de la somme empruntée, mais qu'il faisait le prêt en vue de favoriser le jeu, et qu'il s'est en quelque sorte associé à ce jeu. Sa présence dans la salle de jeu, le fait que les deniers lui ont été demandés pour former ou pour compléter l'enjeu du joueur, la circonstance surtout qu'il serait le gérant ou un employé du cercle, pourraient faire voir dans le prêt une véritable dette de jeu.

J'admets les autres solutions, sauf cependant celle de Pont et de Baudry-Lacantinerie rapportée dans la note (7) *supra, p.* 319, qui me paraît entièrement dénuée de fondement.

J'ai dit que le contrat de jeu forme une obligation naturelle. Pourtant il n'a pas tous les effets d'une telle obligation. Ainsi il ne peut, par un acte émanant du débiteur et n'étant pas un paiement, acquérir la force obligatoire qui lui manque. Il ne peut ni être ratifié ni être confirmé, il ne peut même être cautionné, malgré que le cautionnement d'une obligation naturelle soit reconnu par la loi (art. 1932). Il ne peut non plus être nanti, ni être l'objet d'une transaction ou d'une novation (11).

Quelques questions peuvent se soulever à l'égard du mandat.

---

(10) Le lecteur trouvera le pour et le contre dans Sirey, 1892. 1. 513. L'arrêt de la cour de cassation du 4 juillet 1892, appuyé du lumineux rapport du conseiller Lepelletier, adopte, comme principe, la solution qui refuse toute action au prêteur, lorsque ce prêteur fournit à l'un des joueurs des deniers destinés, à sa connaissance, à alimenter le jeu, et la note de l'arrêtiste (anonyme) combat cette solution par des arguments qui rendent la contradiction très difficile.

(11) Jugé dans ce sens, quant à la novation, par le juge Pagnuelo, dans la cause de *Clerk* v. *Brais*, R. J. Q., 4 C. S., 181.

Disons d'abord que le mandat de jouer ou de parier est nul et ne peut autoriser une demande du mandataire pour le remboursement des deniers qu'il a dépensés dans l'exécution du mandat, ou une action de la part du mandant pour se faire remettre les gains du jeu (12). Par contre, le mandat de payer une dette de jeu est valable et donne au mandataire un recours, sauf lorsque le mandataire a servi d'intermédiaire au mandant pour le jeu même (13).

Reste à examiner la validité des spéculations sur la bourse, question qui s'est fréquemment agitée devant nos tribunaux. Le jeu de bourse est sans contredit le plus dangereux de tous les jeux, celui qui cause les plus grands malheurs dans la société. Mais il ne faut pas le confondre avec la spéculation. La spéculation réelle est légitime et le spéculateur malheureux peut être contraint à payer. Le jeu à la bourse est illicite, quelquefois criminel, et le joueur ne peut invoquer le secours des tribunaux pour se faire payer sa dette. Du moment qu'il y a jeu, il n'y a qu'à appliquer notre article 1927.

Mais la question plus délicate est celle de savoir quand il y a jeu et non pas spéculation permise. C'est sur ce point que notre jurisprudence offre des hésitations et des variations.

Envisageant les marchés à terme, il n'y a aucun doute, pour poser le cas le plus simple, lorsque le vendeur n'a pas l'intention de faire livraison ni l'acheteur de prendre livraison des actions ou choses qui forment l'objet du contrat, mais seulement d'opérer un règlement suivant l'état du marché au jour fixé pour la livraison, que le contrat est un contrat de jeu. Au contraire, si, dans la pensée des parties, la vente doit être suivie de livraison à l'époque fixée, il y aura vente sérieuse et non pas jeu, alors même que, par un accord subséquent survenu entre les parties, celles-ci ont opéré un règlement par le paiement de la différence de prix entre le jour de la vente et celui de la livraison.

Ainsi, A vend à B mille minots de blé au prix de $0.90 le mi-

(12) Voy. la définition du mandat, art. 1701.

(13) Baudry-Lacantinerie, *Mandat*, n° 447 et suiv.

not, livrables dans trois mois. Si le marché baisse à, disons $0.80, A, achetant les mille minots pour $800 et les livrant à B pour $900, fera un profit de $100. Si, au contraire, il y a eu hausse à $1.00 le minot, A ne recevra que $900 pour du blé pour lequel il est obligé de payer $1,000 et il perdra la somme de $100.

Maintenant cette spéculation sur l'éventualité d'une hausse ou d'une baisse est légitime à la condition qu'elle soit sérieuse, et que le contrat donne le droit aux parties d'exiger ou d'imposer la livraison. C'est un contrat aléatoire absolument permis. Et il importe peu que, plus tard, les parties aient consenti à régler au moyen du paiement, par celle dont la spéculation a mal tourné, de la différence du prix. Ainsi, dans l'espèce que j'ai supposée plus haut, A et B peuvent convenir, subséquemment au contrat, qu'au lieu de faire la livraison du blé, l'un payera à l'autre la différence de prix causée par la hausse ou la baisse du blé, le jour fixé pour la livraison.

Mais si le contrat est purement fictif, si A n'avait aucune intention de livrer à B les mille minots qu'il lui avait vendus et si B n'avait aucune intention de prendre cette livraison, mais si tous les deux ont, dès le principe, voulu régler par le paiement de la différence, alors il y a eu jeu, alors B a parié sur la hausse et A sur la baisse, et l'article 1927 s'applique.

Cette distinction qui paraît si claire, a pourtant donné lieu à bien des difficultés dans la pratique. Il est à peine nécessaire de citer les arrêts qui n'ont fait qu'appliquer l'article 1927 en refusant l'action lorsque l'opération était purement fictive et ne devait aboutir qu'à un règlement par différences (14). Mais c'est précisement sur la question, qui paraît être une question de fait, de savoir si l'opération doit être considérée comme purement fic-

---

(14) Voy. *Shaw* v. *Carter*, Rainville, J., 26 L. C. J., 151 et 21 R. L., 404; *Fenwick* v. *Ansell*, Taschereau, J., 5 L. N., 290 et 21 R. L., 410; *Allison* v. *McDougall*, Torrance, J., 27 L. C. J., 355 et 6 L. N., 93; *Dalglish* v. *Bond*, Loranger, J., M. L. R., 7 S. C., 400 et 15 L. N., 93; *Russell* v. *Fenwick*, Gill, J., 17 R. L., 675 et 21 R. L., 412; *Baldwin* v. *Turnbull*, cour de revision, R. J. Q., 5 C. S., 34; *Pérodeau* v. *Jackson*, cour de revision, R. J. Q., 3 C. S., 364; *Brand* v. *Metropolitan Stock Exchange*, R. J. Q., 11 C. S., 303.

tive, que la difficulté se rencontre. A cet égard je puis signaler deux arrêts qui sont de véritables arrêts de principe.

Le premier a été rendu par la cour d'appel en 1886 dans une cause de *Macdougall* v. *Demers,* M. L. R., 2 Q. B., 170. L'intimé avait donné aux appelants, courtiers, instruction de vendre une quantité très considérable de blé-d'Inde, livrable sous un certain délai. Le prix du grain ayant haussé, les appelants en achetèrent, avant l'expiration du délai, pour couvrir la quantité qu'ils avaient ordre de vendre, et réclamèrent de l'intimé la différence ou perte sur l'opération. Leur action fut renvoyée par la cour supérieure, et ce jugement fut confirmé par la cour d'appel (Ramsay et Monk, JJ., *dissentientibus*). Le sommaire de la décision de la cour d'appel énonce d'abord un principe, sur lequel il ne me paraît pas possible d'exprimer de dissentiment, et donne ensuite une solution de fait qui a dû provoquer la divergence d'opinion entre les membres de la cour. Voici ce sommaire que je traduis.

1. Les marchés à terme ne sont pas nécessairement illicites et la loi ne refuse pas de leur donner effet lorsqu'ils ont pour objet des opérations réelles qui dans la pensée des parties doivent être exécutées, bien qu'il puisse arriver que, contrairement aux prévisions des parties, ces opérations ne soient pas complétées tel que stipulé, mais, par suite de circonstances imprévues, viennent à être réglées par le paiement de différences. Cependant, si, dans l'intention des contractants, les achats ou ventes sont, dès le principe, de pures spéculations destinées à être réglées par le paiement de différences suivant la hausse ou la baisse du marché, et non pas par la livraison des choses achetées ou vendues, le contrat est un véritable contrat de jeu, et sous l'article 1927 du code civil aucune action ne peut être reçue en recouvrement d'une somme d'argent réclamée en vertu d'un tel contrat.

2. Lorsqu'un courtier représente une personne qui s'oblige à livrer du grain à une époque future, mais sans intention d'en opérer livraison, et que le courtier, ayant pleine connaissance du caractère fictif du marché, ne révèle le nom d'aucun acheteur ou principal, il devra être considéré comme un principal à l'é-

gard de son client, et il ne peut intenter contre ce dernier une action en recouvrement de la perte qu'il a éprouvée.

Cette décision fut acceptée comme réglant notre jurisprudence sur ces questions jusqu'à ce que fut rendue, par le conseil privé, la décision que je vais indiquer.

Le deuxième arrêt a été prononcé dans la cause de *Forget* v. *Ostigny* (cour d'appel, R. J. Q., 4 B. R., 118; conseil privé, 1895 A. C., 318). Ostigny était un employé de banque. Il fit faire des achats à la bourse par Forget, courtier, fournissant pour cela une faible marge ou couverture. Forget achetait réellement les actions demandées par Ostigny, en recevait les certificats, puis empruntait, en donnant ces actions en gage, ce qu'il fallait pour les payer. Les opérations s'étant terminées par un déficit, Forget en poursuivit le recouvrement. Son action fut renvoyée par le juge Pagnuelo (15) pour le motif que le défendeur, à la connaissance du demandeur, n'avait pas les moyens de faire ces achats et ne faisait que jouer à la hausse. Le demandeur ayant appelé de ce jugement, la cour d'appel, le juge Hall différant, confirma le jugement de la cour supérieure.

Cette décision a été infirmée par le conseil privé pour le motif que Forget avait réellement acheté les actions demandées par Ostigny, et qu'il les avait payées en partie par la marge ou couverture que celui-ci lui avait fournie et en partie au moyen d'un prêt obtenu sur nantissement des actions achetées, son intérêt consistant uniquement en sa commission qui lui était payable à tout événement et sans égard au résultat de la spéculation. Le seul fait que le courtier savait que son client n'avait pas l'intention de garder les actions mais de les vendre en cas de hausse, et que le client n'en avait jamais demandé livraison, n'a pas paru au conseil privé changer la nature du contrat ou le transformer en un contrat de jeu.

C'est cette dernière décision qui fixe maintenant notre jurisprudence sur les opérations à la bourse, et elle a été suivie dans

(15) Le juge Pagnuelo a fait une étude très importante de toute la question. On la trouvera dans le rapport de la cause en cour d'appel.

les espèces qui se sont présentées depuis (16). Pour qu'il y ait jeu de bourse, entraînant refus de l'action civile, il faut donc que de part et d'autre le contrat ait été fictif. En d'autres termes, il faut que l'acheteur n'ait pas eu intention d'acquérir ni le vendeur de vendre, mais que l'un et l'autre aient entendu règler l'opération par le paiement d'une différence. Quand cette opération se fait par l'entremise d'un courtier et que le prétendu acheteur ou vendeur ne traite qu'avec ce courtier, il y aura contrat de jeu si le courtier et son client ont entendu tous deux faire une opération fictive. Si le courtier n'est que l'intermédiaire de deux personnes qui contractent par son entremise, et que l'une de ces personnes fasse un marché sérieux, le contrat donnera naissance à une action civile alors même que l'autre personne entend jouer sur la hausse et la baisse. En un mot, la bonne foi de l'une ou de l'autre des parties, ou l'exécution par elle du marché, rendra le contrat licite malgré la mauvaise foi de l'autre (17).

Je puis citer ici quelques arrêts où il a été question de la portée et de l'effet des achats et ventes sur la bourse.

Dans la cause de *Ritchie* v. *Barclay* (21 R. L., 421), le juge Pagnuelo a jugé qu'un client a droit de réclamer des dommages-intérêts à son agent de change pour refus ou défaut de livrer les actions que le courtier aurait achetées pour lui. Ceci paraît incontestable (18).

Dans la cause de *Forget* v. *Baxter* (L. R., 1900, P. C., 467), le conseil privé a jugé que le client qui autorise un courtier à

(16) Voy. les causes de *Venne* v. *Christin*, Langelier, J., R. J. Q., 16 C. S., 164, et de *Morris* v. *Brault*, cour de revision, R. J. Q., 24 C. S., 167.

(17) Voy. l'art. 231 du code criminel de 1906 sur les opérations de bourse fictives.

(18) Le savant juge a regardé, comme prouvant le caractère sérieux du marché, le fait que le client avait déjà acheté, par l'entremise du même courtier, des actions dont il avait pris livraison, qu'il avait fourni une couverture de vingt pour cent, et qu'il avait offert de prendre les actions achetées et de payer la partie du prix restée due.

faire, pour son compte, des opérations à la bourse, est censé, en l'absence de stipulations contraires, de l'avoir employé conformément aux règles de la bourse, et, partant, d'avoir autorisé la vente de ses actions au cas où il ne fournirait pas la couverture requise (18a).

Enfin, dans la cause de *Belleau* v. *Lagueux* (R. J. Q., 25 C. S., 91), le juge Routhier a décidé que les opérations de bourse qui ont pour objet l'achat d'actions sur dépôt de couverture, sont des opérations licites et permises par la loi, et ne peuvent être assimilées au jeu et au pari; que les courtiers ne sont pas tenus de donner avis à leurs clients qu'ils vont vendre leurs actions s'ils ne fournissent pas la couverture requise pour rencontrer les fluctuations subites du marché; et qu'une demande de couverture par dépêche télégraphique ne crée pas, quant aux courtiers, l'obligation de ne pas vendre les actions d'un client, que si ce dernier a consenti à fournir la couverture demandée et a communiqué ce consentement au courtier.

Sur la question des loteries, je me contente de renvoyer à l'article 236 (édition de 1906) du code criminel qui les prohibe (19).

II. Refus de répétition au perdant. — "Si les deniers ou les "choses", dit l'article 1927, "ont été payés par la partie qui a "perdu, ils ne peuvent être répétés, à moins qu'il n'y ait preuve "de fraude." C'est la conséquence, je l'ai dit, de l'article 1140 qui n'admet pas la répétition à l'égard des obligations naturelles

---

(18a) La décision de la cour d'appel en cette cause est rapportée, R. J. Q., 7 B. R., 530.

(19) On avait jugé, avant le code criminel, que le tirage au sort, par une société de construction ou société pour la vente de terrains, ne constitue pas une loterie: *La société de construction du Côteau St-Louis* v. *Villeneuve*, 21 L. C. J., 309 et *La compagnie des villas du Cap Gibraltar* v. *McShane* (code civil de M. Beauchamp, art. 1927, n° 30, avec un renvoi qu'il m'a été impossible de retracer). Ces décisions deviennent douteuses depuis que les nouvelles dispositions du code criminel concernant les loteries ont été décrétées.

qui ont été volontairement acquittées. Donc, en l'absence de fraude, la répétition est interdite au perdant qui a volontairement payé sa dette, comme du reste on refuse le secours de la loi à celui qui a gagné. Et il importe peu que le paiement se fasse en deniers ou par voie de dation en paiement. On suppose, naturellement, que le paiement a été fait par une personne capable et sans erreur, soit de fait, soit de droit (20).

Les joueurs ont coutume de s'assurer contre tout refus de paiement en exigeant le dépôt d'un enjeu ou couverture. On enseigne en France—mais là-dessus il y a controverse—que le dépôt de l'enjeu est un paiement conditionnel; que le tiers dépositaire de l'enjeu peut être contraint à le remettre à celui qui a gagné la partie; que le déposant ne peut réclamer son enjeu après perte de la partie, et que s'il le reprend le gagnant peut le revendiquer (21). Le dépôt anticipé de l'enjeu est regardé comme un paiement, même s'il est fait en vue d'une partie non engagée et dont l'enjeu n'est pas encore déterminé (22), sauf, bien entendu, le droit du déposant de retirer son enjeu et de renoncer à la partie. Les mêmes règles s'appliquent à la couverture qu'on exige dans les jeux de bourse (23).

Dans la cause de *McShane* v. *Jordan* (1 R. L., 80; 13 L. C. J., 61), le demandeur avait fait un pari avec un tiers sur le résultat d'une élection alors pendante, et les deux parties avaient déposé le montant du pari entre les mains du défendeur. Quelques jours après le pari, le demandeur écrivit au défendeur demandant la remise du montant déposé, ce que celui-ci refusa à moins que le tiers n'y consentît. Plus tard l'élection eut lieu et le ré-

---

(20) Baudry-Lacantinerie, n[os] 95, 96.

(21) On reconnaît que le déposant peut exiger la remise de l'enjeu avant la fin de la partie.

Voy. Baudry-Lacantinerie, n[os] 112 et suiv.

(22) Même auteur, n° 114.

(23) La dissidence sur ces points provient du fait que quelques auteurs regardent l'enjeu comme un nantissement ou une promesse de payer, auquel cas il y aurait nullité. Nous verrons plus loin que notre cour d'appel se refuse à voir, dans le dépôt d'un enjeu, un paiement conditionnel.

sultat fut contraire aux prétentions du demandeur. Ce dernier ayant intenté une action contre le défendeur pour le remboursement du montant déposé, le juge Monk décida que ce dépôt équivalait à un paiement, que le pari n'était pas illégal, et que le demandeur ne pouvait revendiquer la somme déposée. Cette décision a été rendue en 1868 (24).

De même, dans la cause de *Riendeau* v. *Blondin* (M. L. R. 1 S. C., 406), le juge Rainville aurait jugé, en 1880, d'après l'arrêtiste, que lorsque, dans un pari, la somme pariée a été placée entre les mains d'un tiers, celui qui a gagné a droit d'action contre le tiers pour s'en faire remettre le montant, ce dépôt étant assimilé à un paiement. Observons, toutefois, qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un jeu et non d'un pari, car on devait jouer cinq parties de dames et l'enjeu devait être remis au vainqueur de ce tournoi.

Cependant, dans la cause de *Swift* v. *Angers* (16 Q. L. R., 163), la cour de revision, à Québec, Casault, Routhier, Andrews, JJ., a jugé, en 1890, que lorsqu'un pari est fait à la condition que les sommes pariées seront déposées entre les mains d'un tiers, le retrait de son enjeu par l'une des parties, met fin au pari et

---

(24) Dans la cause de *Dufresne* v. *Guévremont* (5 L. C. J., 278), jugée en 1859, le juge Bruneau avait décidé qu'un pari touchant le résultat d'une élection alors prochaine d'un député à la chambre des communes, est illicite, illégal et nul, et qu'un billet donné pour une telle cause est nul.

Le pari, au sujet d'une élection, par un candidat ou son agent avec un électeur habile à voter est déclaré constituer un acte de corruption et une manœuvre frauduleuse par la loi électorale de Québec, 1903, 3 Edouard VII, ch. 9, art. 193, § j. Il n'y a pas une disposition semblable à la loi des élections fédérales, S. R. C., 1906, ch. 6. Mais les deux lois, la loi fédérale à l'article 279, et la loi provinciale à l'article 207, annulent tout contrat, promesse ou convention exécutoire, se rapportant de quelque manière que ce soit à une élection, et en vue de ces dispositions, je ne vois pas comment il soit possible de prétendre qu'un pari électoral soit valide ou puisse produire un effet quelconque.

Sur la nullité des contrats qui se rapportent à une élection, voy. les arrêts cités en mon tome 5, pp. 206 et 207.

donne à l'autre le droit de recouvrer du dépositaire ce qu'elle avait elle-même déposé sur son enjeu ; que tant que le pari n'est pas gagné par l'un des parieurs, la somme déposée en mains tierces ne cesse pas d'être la propriété du déposant et qu'il peut la retirer.

Enfin, dans la cause de *Marcotte* v. *Perras* (R. J. Q., 6 B. R., 400), la cour d'appel, en 1896, après une étude approfondie de toute la question, a jugé que le dépôt du montant d'un pari, dans les mains d'un tiers, n'équivaut pas à un paiement conditionnel et que lorsque le pari est décidé en faveur d'une des parties, l'enjeu déposé ne devient pas la propriété du gagnant, qui n'a pas d'action pour en recouvrer le montant du tiers dépositaire (25).

Cette décision me paraît mettre fin à toute controverse, dans notre droit, sur cette question qui, je l'ai dit plus haut, divise les jurisconsultes français. La cour d'appel cite l'opinion des codificateurs qui déclarent que nos articles 1927 et 1928 expriment les règles générales de l'ancien comme du nouveau droit français, et sont conformes en substance aux décisions qu'on trouve dans les auteurs anglais. Or il est indiscutable que la jurisprudence anglaise refuse de voir un paiement conditionnel dans le dépôt d'un enjeu entre les mains d'un tiers ; elle n'y voit qu'un mandat de payer au parieur qui sera adjugé vainqueur, mandat qui peut toujours être révoqué jusqu'au paiement (26). Et, appelée à opter entre les deux systèmes que soutiennent les auteurs français, la cour d'appel a préféré celui de Laurent (t. 27, n[os] 213, 253) à celui d'Aubry et Rau (4[e] éd., t. 4, p. 578).

Je me contente de mentionner la décision de la cour d'appel (1875) dans la cause de *Ladouceur* v. *Morasse* (Ramsay's A. C., 72), où on a maintenu une action portée par un tiers de bonne foi sur un chèque donné comme enjeu pour un pari.

---

(25) Dans cette cause, en présence d'une action par le gagnant réclamant le montant du pari, et d'une intervention par le perdant concluant à la remise de son dépôt, la cour d'appel a ordonné au dépositaire de remettre à chaque parieur le montant de son enjeu.

(26) Voy. *Hampden* v. *Walsh* (1876), 1 Q. B. D., 189.

§ II. Du jeu permis.

J'ai expliqué plus haut que j'appelais *jeu illicite,* non pas uniquement celui que la loi criminelle prohibe, mais encore et d'une manière générale le jeu auquel la loi refuse le secours de l'action civile. Il s'agit ici du jeu permis, et par ce mot j'entends celui qui non seulement n'est pas prohibé par la loi criminelle mais qui fait naître, au profit du gagnant, une action qu'il peut exercer devant les tribunaux.

Citons à cet égard, l'article 1928.

1928. "Le déni d'action contenu dans l'article qui précède "est sujet à exception à l'égard des exercices propres au dévelop- "pement de l'habileté dans l'usage des armes, ainsi qu'à l'égard "des courses à cheval ou à pied, ou autres jeux licites qui tien- "nent à l'adresse et à l'exercice du corps.

"Néanmoins le tribunal peut, dans sa discrétion, rejeter la de- "mande quand la somme réclamée lui paraît excessive."

La seule différence entre cette disposition et l'article 1966 du code français qui lui correspond, c'est que ce dernier article mentionne les courses de chariot, qui, depuis très longtemps, ne sont plus d'usage, et le jeu de paume qui n'exigeait pas une mention spéciale, puisque tous les jeux propres à l'exercice du corps rentrent dans l'exception formulée par notre article et par l'article 1966 du code Napoléon.

La première remarque qu'il convient de faire au sujet de l'article 1928, c'est qu'il énonce une exception, et que partant, comme toute exception, il doit recevoir l'interprétation restrictive.

Le législateur a voulu favoriser deux espèces de jeux: ceux qui sont propres à développer l'habileté dans l'usage des armes, et ceux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps.

D'où il suit que les jeux intellectuels, comme les jeux d'échecs, ceux qui dépendent à la fois du hasard et de l'habileté des joueurs, et ceux qui sont purement d'adresse sans qu'ils tiennent à l'exercice du corps, ne tombent pas sous l'empire de l'exception

à la règle générale qui refuse l'action civile en matière de jeu et de pari (27).

Mais tous les jeux qui aident à développer l'habilité dans l'usage des armes ou qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, donnent une action au gagnant. Il n'est pas nécessaire de tenter une énumération de ces jeux qui sont très nombreux et très variés.

Je ne veux pas non plus essayer de donner une liste des jeux qui ne rentrent pas dans l'exception de l'article 1928. J'ai déjà mentionné le jeu d'échecs; on décide, en France, qu'il en est de même du jeu de cartes, du jeu de billard (28) et du jeu de dames (29).

En est-il de même des courses de chevaux?

L'article 1928 mentionne les courses "à cheval ou à pied", mais cette expression paraît qualifiée par les mots qui suivent "ou autres jeux licites qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du "corps."

Il est certain, d'abord, que deux cavaliers peuvent parier sur la course des chevaux qu'ils montent eux-mêmes, et que le vainqueur peut réclamer en justice le montant du pari, car notre article mentionne spécialement les courses à cheval. La difficulté n'existe que pour les courses de chevaux qui ne sont pas montés par les parieurs.

Dans la cause de *Swift* v. *Angers* (16 Q. L. R., 163), la cour de revision à Québec a jugé que le pari sur courses de chevaux ne donne pas droit d'action pour le recouvrement des deniers ou autres choses pariés. Et le juge Casault, parlant au nom du tribunal, a exprimé l'opinion que l'exception de notre article ne saurait être étendue "des hommes, pour lesquels elle est exclusive- "ment faite, aux animaux qui n'y sont compris que pour les "courses à cheval par l'homme dont elles tendent à développer "l'adresse par l'exercice du corps." Si on donne une action en France, ajoute-t-il, pour le recouvrement du montant parié sur

(27) Baudry-Lacantinerie, nos 30 et suiv.

(28) Pont, *Petits Contrats*, t. 1er, no 609, est d'un avis contraire.

(29) Baudry-Lacantinerie, nos 35, 36.

une course de chevaux, ce n'est pas en vertu du code Napoléon, mais en faisant l'application d'une législation spéciale qui a pour but et pour objet l'amélioration des races chevalines. Et le savant juge critique une décision antérieure de *Rickaby* v. *Sutcliff* (13 L. C. R., 320), J.-T. Taschereau, J., où il a été jugé, en 1862, qu'un pari sur une course de chevaux par les propriétaires de ces chevaux, n'est pas illégal, et peut être le sujet d'une action devant les tribunaux (30).

En France, la jurisprudence tient que les paris sur les courses de chevaux par des personnes qui n'ont aucune connaissance spéciale et ne se préoccupent pas de la valeur des chevaux, sont des jeux de hasard, et partant sont privés d'action civile (31).

Je crois que, dans notre droit, la solution adoptée dans la cause de *Swift* v. *Angers* est exacte. Les courses à cheval peuvent être l'objet d'un pari reconnu par la loi civile parce qu'elles tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps. Il n'est pas question, à l'article 1928, de l'amélioration de la race chevaline, mais de l'augmentation de la force et de l'adresse chez l'homme. Ce n'est qu'en tant que la course tend à ce but qu'elle peut être le sujet d'un pari licite. Et ce droit de parier me semble devoir se limiter à ceux qui montent leurs propres chevaux, et ne pas s'étendre aux spectateurs de la course, pour qui elle est un événement de pur hasard.

Mais, comme je l'ai dit, tout jeu, toute course propre à exercer le corps ou à perfectionner l'adresse de l'homme, rentre dans l'exception de l'article 1928. Ainsi, la course à la nage, la course à

---

(30) Dans le même sens, voy. une décision du juge Loranger, dans la cause de *McGibbon* v. *Brand*, 7 L. N., 228, et une décision de la cour de magistrat à Montréal, Champagne, J., *Bow* v. *Legault*, 13 L. N., 241.

Il y a une différence à noter entre la version française et la version anglaise de notre article, la première disant "courses à cheval ou à pied", la seconde "horse and foot races". Je crois que la version française rend la pensée des codificateurs qui ont copié l'expression même dont se sert l'article 1966 du code français.

(31) Baudry-Lacantinerie, n° 43.

la rame ou à la voile (32), la course à la bicyclette sont des courses permises dans le sens de cet article.

Je cite, sans le commenter, car autrement je sortirais de mon sujet, l'article 235 (nouveau numérotage) du code criminel à l'égard des paris. Cet article, du reste, ne saurait avoir l'effet d'accorder une action civile que le code civil refuse.

235. "Est coupable d'un acte criminel et passible d'une amen-"de d'au plus mille dollars et d'un emprisonnement d'au plus "un an, tout individu qui—

"(*a*) emploie ou permet sciemment que quelque partie d'un "local sous son contrôle soit employé dans le but d'inscrire ou "enregistrer des paris ou gageures, ou de vendre quelque poule; "ou

"(*b*) garde, expose ou emploie, ou permet sciemment de gar-"der, d'exposer ou d'employer dans quelque partie d'un local sous "son contrôle, quelque invention ou appareil destiné à inscrire "ou à enregistrer un pari ou une gageure, ou la vente d'une "poule; ou

"(*c*) devient le gardien ou dépositaire de quelques deniers, "objets ou choses de valeur déposés comme enjeux, pariés ou en-"gagés; ou

"(*d*) inscrit ou enregistre quelque pari ou gageure, ou vend "quelque poule sur le résultat,

"(i) d'une élection politique ou municipale, ou

"(ii) d'une course, ou

"(iii) d'une contestation ou lutte d'habileté ou de résistance "des hommes ou des bêtes.

"2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à "celui qui, à raison de ce qu'il est devenu le gardien ou dépositaire de deniers, objets ou choses de valeur déposés comme en-"jeux et devant être remis ou payés au vainqueur dans quelque

---

(32) Notons cependant que le juge Stuart a jugé, dans la cause de *Wagner* v. *L'Hostie* (3 Q. L. R., 373), que les courses en bateaux ne peuvent être l'objet d'un pari licite.

"course, jeu ou exercice légal, ou au propriétaire d'un cheval en-"gagé dans une course légale, ni aux paris entre particuliers ou "faits, sur le champ de course d'une association légalement cons-"tituée, pendant la durée des courses."

Pour revenir à l'article 1928, son deuxième alinéa permet au tribunal de rejeter la demande lorsque la somme réclamée lui paraît excessive. Il a toujours été de jurisprudence qu'il n'y a d'action pour l'enjeu d'une partie permise, qu'autant que la somme réclamée est modique eu égard aux circonstances des joueurs. Ainsi, qu'il s'agisse d'un jeu ou d'un pari, si la somme qu'on réclame est excessive, le juge peut renvoyer l'action, mais, enseigne-t-on, il ne saurait réduire cette somme à un montant qui lui paraîtrait raisonnable (33). Comme la loi le dit, d'ailleurs, la détermination de la question de savoir si l'enjeu est ou n'est pas excessif, est abandonnée à la discrétion du tribunal.

---

(33) Baudry-Lacantinerie, n° 67.

TITRE QUINZIÈME

DU CAUTIONNEMENT

CHAPITRE PREMIER. — De la nature, de la division et de l'étendue du cautionnement.

I. Définition. — Contrairement à son habitude, le code Napoléon ne définit pas le cautionnement, et également, à l'inverse de la règle que nos codificateurs disent avoir voulu suivre, notre code tente de donner une définition de ce contrat. Cette définition est en ces termes:

1929. "Le cautionnement est l'acte par lequel une personne "s'engage à remplir l'obligation d'une autre pour le cas où celle-"ci ne la remplirait pas.

"L'on nomme caution celui qui contracte cet engage-"ment" (1).

Les codificateurs n'ont pas été absolument heureux en tentant cette définition du cautionnement. De même que dans le cas de la donation entre vifs, ils représentent le cautionnement comme étant un *acte,* alors que c'est un *contrat.* Ils ne mentionnent pas, non plus, le recours que possède la caution contre le débiteur, lorsqu'elle a acquitté l'obligation de celui-ci, recours qui est de la nature du cautionnement (2).

(1) L'article 2011 du code Napoléon, au lieu de définir le cautionnement, en indique le principal effet, en disant que celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

(2) Pothier, il est vrai, ne parle pas de ce recours dans sa définition du cautionnement. Sa définition du reste laisse à désirer en ce qu'elle n'indique pas le caractère subsidiaire de l'obligation de la caution. (Voy. *Obligations*, n° 365).

Le cautionnement constitue une sûreté ***personnelle*** — ce qui ne veut pas dire qu'il ne puisse être garanti accessoirement par des droits réels, comme l'hypothèque — et en cela il se distingue de la sûreté *réelle.* Celui qui fournit cette dernière sûreté ne s'oblige que *propter rem,* et il se libère en abandonnant au créancier la chose qui lui a été donnée en gage. La caution, au contraire, est tenue personnellement, et l'abandon de ses biens, si le créancier ne peut se faire payer en les discutant, ne la libèrera pas (3).

Comme arrêts d'espèce, où il s'agissait d'écrits donnés par des tiers garantissant le paiement des marchandises que le créancier fournirait au débiteur, lesquels écrits ont été déclarés constituer des cautionnements, je puis renvoyer sommairement aux causes de *Bronsdon* v. *Dawson,* 1 L. C. J., 85, et de *Bulmer* v. *Browne,* 18 L. C. J., 136, 2 R. C., 478 (4).

II. Caractères du cautionnement. — Le cautionnement est un contrat *consensuel, unilatéral, accessoire, subsidiaire* et *de bienfaisance.*

1. Et d'abord, le cautionnement est un contrat *consensuel.* C'est dire qu'il se forme par le seul consentement des parties, et n'est assujetti à aucune forme. Mais, à cause des conséquences fâcheuses qui en résultent le plus souvent pour la caution, l'on ne présume pas la volonté de cautionner, et cette volonté, si elle existe, doit s'exprimer d'une manière non équivoque. C'est du reste la disposition de l'article 1935:

1935. "Le cautionnement ne se présume pas; il doit être

---

(3) Le juge Lynch a donné effet à cette distinction entre la sûreté personnelle, c'est-à-dire le cautionnement, et la sûreté réelle, dans une espèce où cette dernière sûreté avait été donnée: *Savaria* v. *Paquette,* 6 R. de J., 289.

(4) Dans la dernière cause, la lettre de garantie se disait comme suit:—"C. has contracted for the brick work of D's house, and the "bricks he will require will be paid for as required by you".

"exprès, et ne peut être étendu au delà des limites dans lesquel-"les il a été contracté" (5).

Donc, il n'y a pas de cautionnement tacite (6). Mais, il va sans dire que l'offre de cautionner peut être acceptée tacitement par le créancier.

Du reste, le contrat de cautionnement intervient entre le créancier et la caution. Il n'est pas nécessaire que le débiteur comparaisse à l'acte, car, comme le dit le premier alinéa de l'article

(5) C'est la copie de l'art. 2015 C. N.

La cour de revision, dans la cause de *La société des artisans canadiens-français* v. *Trudel* (R. J. Q., 26 C. S., 118), a jugé que le contrat de cautionnement est de droit étroit, et que ses effets doivent être circonscrits et limités aux obligations spéciales assumées par la caution; que, partant, le cautionnement de celui qui se porte garant des actes d'un autre, prend fin si les fonctions de ce dernier, tout en demeurant apparemment les mêmes, comportent, par leur transformation, des charges plus onéreuses pour lui.

La même cour de revision dans la cause de *Borgfeld* v. *La banque d'Hochelaga* (R. J. Q., 28 C. S., 344), a décidé que le cautionnement consenti pour un temps déterminé, comme garantie d'une dette échue et d'un crédit à ouvrir, ne peut être considéré comme général et applicable à toutes les ventes qui sont faites au débiteur pendant le temps convenu; mais qu'il doit être restreint à la dette échue et au crédit limité énoncé dans la convention, et la caution est bien fondée à imputer, sur ces deux dettes spéciales, les acomptes payés par le débiteur à la suite du cautionnement.

Dans cette cause, il y avait une autre question, à l'égard des ventes par correspondance, que je puis noter. La cour de revision a jugé que bien qu'un contrat par correspondance se forme au lieu où les offres sont acceptées (en cela, la cour de revision suit la décision de la cour suprême dans la cause d'*Auger* v. *Magann*, 31 Supreme Court Repts, 186), il faut au moins que cette acceptation résulte du dépôt à la poste de la lettre qui la contient; que, par suite, une commande expédiée par un acheteur de Montréal, à New-York, et simplement notée par le commis du vendeur à son arrivée le 21 novembre 1901, sans autre manifestation de la volonté d'accepter, ne forme pas une vente conclue ce jour-là.

(6) Ce n'est pas à dire que le cautionnement ne puisse être verbal, sauf les difficultés de la preuve.

1934 (7), "on peut se rendre caution sans l'ordre de celui pour "lequel on s'oblige, et même à son insu." Les auteurs ajoutent qu'on pourrait même cautionner pour une personne malgré elle, tout en reconnaissant que cette hypothèse n'entre guère dans les éventualités que l'on peut prévoir. J'aurai l'occasion, quand je parlerai des recours de la caution contre le débiteur, de faire la distinction entre le cautionnement qui intervient à la demande du débiteur, et celui qui se fait sans son consentement.

2. Le cautionnement est un contrat *unilatéral*, car il n'y a que la caution qui s'oblige. Mais il n'en résulte pas que le créancier n'est pas partie à ce contrat ; il doit, au contraire, y adhérer expressément ou tacitement, car, comme tout contrat, le cautionnement suppose le concours d'au moins deux volontés. Pour cette raison, l'offre ou la promesse de cautionner est valide, mais comme toute autre offre elle peut être retirée tant que le créancier ne l'a pas acceptée.

3. Le cautionnement est un contrat *accessoire*. Ce trait du cautionnement est l'un des plus caractéristiques. Le but du cautionnement est de procurer une garantie au créancier ; il faut donc qu'il existe une obligation principale. Plusieurs conséquences de la plus haute importance découlent de ce principe, et je puis les indiquer immédiatement.

Et d'abord, dit le premier alinéa de l'article 1932, "le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable" (8).

L'accessoire suit le sort du principal. Donc si l'obligation principale est nulle, le cautionnement le sera également.

Cette règle demande cependant à être bien entendue. En effet, certaines obligations ne peuvent être exigées du débiteur, soit à raison du fait qu'elles sont purement naturelles, et partant privées d'action civile, soit parce que le débiteur peut repousser l'action du créancier par une exception purement personnelle, et cependant ces obligations peuvent être cautionnées.

Le deuxième alinéa de l'article 1932, dont le premier alinéa

---

(7) Reproduction textuelle du premier alinéa de l'article 2014 C. N.

(8) C'est la copie textuelle du 1er alinéa de l'art. 2012 C. N.

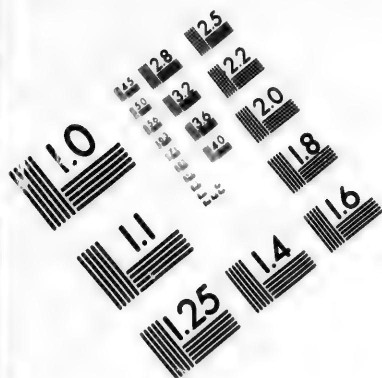
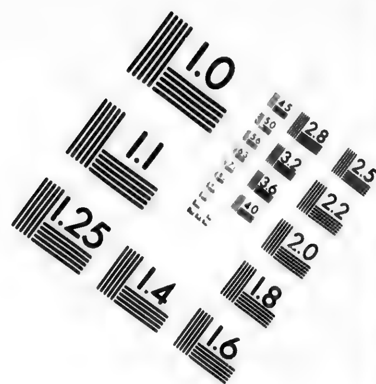
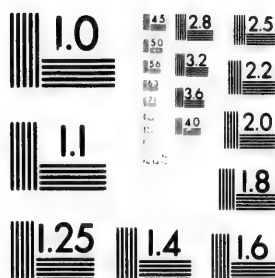
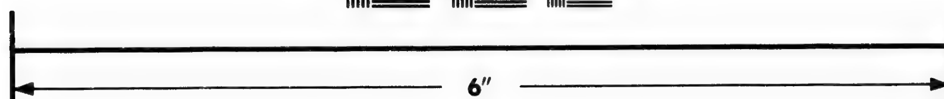
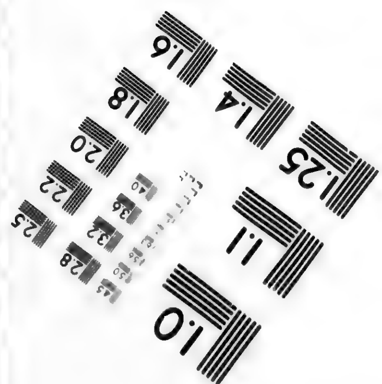
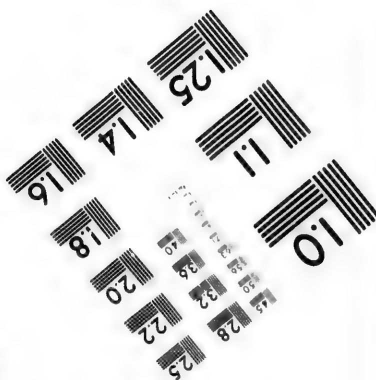
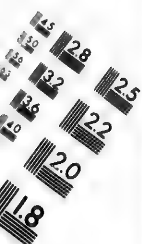



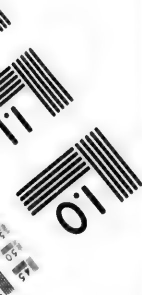
IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)






2.8
2.5
3.2
2.2
2.0
1.8


1.1
1.0

pose la règle que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, qualifie donc cette règle en ces termes:

"On peut cependant cautionner l'obligation purement naturelle ainsi que celle dont le débiteur principal peut se faire décharger par une exception qui lui est purement personnelle, "par exemple, dans le cas de minorité" (9).

Donc, comme règle, si l'obligation principale est nulle, le cautionnement le sera également. Par exception, le cautionnement sera valable, encore que l'obligation principale soit purement naturelle, ou que le débiteur puisse s'en faire décharger par une exception purement personnelle.

Quelques exemples indiqueront la portée et de la règle et de l'exception.

Dans les cas suivants (je n'en indique que quelques-uns), la nullité de l'obligation principale étant radicale, celle de la caution subit le même sort:

Obligation qui a une cause illicite;

Obligation par une femme mariée sans l'autorisation de son mari (10);

Donation nulle pour vice de fond ou de forme;

Contrat par lequel un failli promet de payer à l'un de ses créanciers plus qu'il ne paie aux autres;

Avantage ou autre contrat prohibé entre mari et femme;

Obligation par la femme avec ou pour son mari dans le sens de l'article 1301 (11);

---

(9) Sauf que le deuxième alinéa de l'article 2012 du code français ne mentionne pas l'obligation purement naturelle (mais la doctrine reconnaît qu'elle peut être cautionnée), notre disposition en est la reproduction.

(10) Il en est différemment dans le droit français moderne, car la nullité n'y est que relative. Cette nullité du cautionnement de l'obligation de la femme sans l'autorisation de son mari, a été affirmée par le juge Casault dans la cause de *Morris* v. *Coudon*, 14 Q. L. R., 1, dont le jugement a été confirmé en revision, 14 Q. L. R., 184. Dans l'espèce, il s'agissait de l'endossement par aval d'un billet signé par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari.

(11) On ne pourrait cautionner une semblable obligation, mais la femme peut, avec l'autorisation de son mari, cautionner la dette d'un

Pacte sur succession future hors contrat de mariage;

Dette de jeu (12).

Voici maintenant quelques exemples de l'exception:

Obligation contractée par un mineur, par un interdit, ou par une personne pourvue d'un conseil judiciaire, sans être représenté ou assisté tel que le veut la loi;

Obligation consentie par un tuteur ou un curateur sans l'autorisation judiciaire sur avis du conseil de famille, dans les cas où cette autorisation est nécessaire (13).

La plupart des auteurs modernes enseignent que lorsque l'obligation principale est rescindée pour cause d'erreur, de dol ou de violence, le cautionnement ne peut plus être exigé. J'adopte cette opinion qui était suivie dans l'ancien droit (14).

Je puis citer ici l'article 1958, que le code place sous la rubrique du chapitre III, *De l'extinction du cautionnement,* parce qu'il est le corollaire de l'article 1932.

1958. "La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette; mais elle ne peut opposer les exceptions "qui sont purement personnelles au débiteur" (15).

Cet article se trouve suffisamment expliqué par ce que je viens de dire (16).

---

tiers, pourvu que ce ne soit pas pour le bénéfice de son mari, et il importe peu que la dette ainsi cautionnée ait été assumée plus tard par le mari: *Mullin* v. *Mullarky*, cour d'appel, R. J. Q., 8 B. R., 441; *Dawson* v. *Bédard*, cour de revision, R. J. Q., 6 C. S., 48.

(12) Voir *supra*, p. 321.

(13) J'ai dit que la nullité est alors purement relative et que le mineur seul peut l'opposer. Voy. mon tome 5, p. 249, et mon tome 2, p. 222. Voy. aussi dans ce sens la décision de la cour de revision dans la cause de *Venner* v. *Lortie*, 1 Q. L. R., 234.

(14) Voy. Pothier, *Obligations*, n° 380.

(15) Suivant l'expression de Pothier (n° 380), la caution peut opposer les exceptions *in rem*, mais non celles *in personam*.

Notre article 1958 reproduit textuellement l'article 2036 C. N.

(16) La caution n'est pas un tiers vis-à-vis le créancier de l'obligation cautionnée et ne peut lui opposer des moyens que le débiteur principal ne serait pas admis à invoquer: *Kent* v. *Letourneux* (R. J. Q., 14 B. R., 60).

J'aurai à dire plus loin quel est le recours de la caution qui a valablement cautionné une obligation naturelle ou une obligation dont le débiteur peut se faire décharger par une exception purement personnelle (*infra*, p. 375).

Je puis ajouter que le cautionnement ne s'ajoute pas seulement à une dette valable, mais il peut encore garantir un autre cautionnement. "On peut se rendre caution", dit le deuxième alinéa 1934, "non seulement du débiteur principal, mais même "de celui qui l'a cautionné" (17).

Cette caution de la caution, ou certificateur, s'oblige à payer la dette si la caution ne la paie pas, et la caution principale joue à son égard le rôle du débiteur principal vis-à-vis de sa caution (18).

On peut même cautionner une dette qui n'existe pas encore, mais que le débiteur se propose de contracter (19). Dans ce cas, l'obligation de la caution ne commencera à exister que lorsque la dette prend naissance. Tel est le cas de la lettre de garantie d'avances futures que l'on rencontre souvent dans la pratique (20).

4. Le cautionnement est un contrat *subsidiaire*. Il résulte de la définition du cautionnement, que la caution s'oblige de remplir l'obligation d'un autre pour le cas où celui-ci ne la remplirait pas. D'où résulte la conséquence évidente que l'article 1931 exprime en ces termes:—

---

(17) C'est la copie du 2e alinéa de l'art. 2014 C. N.

(18) Dans la cause de *Crépeau* v. *Beauchesne*, un tiers avait apposé ses initiales au bas d'un acte de cautionnement avec le mot "correct". On a jugé qu'il ne devenait pas caution solidaire ou même conjoint avec la caution principale, mais qu'il n'était qu'un certificateur de la caution dont il avait garanti la solvabilité, et que le créancier n'avait de recours contre lui à moins d'avoir discuté la caution principale. Lemieux, J., R. J. Q., 14 C. S., 495.

(19) Pothier, no 399.

(20 Dans une ancienne cause de *Derouselle* v. *Baudet*, 1 L. C. R., 41, il a été jugé que le cautionnement donné pour une dette qui n'existe pas encore, ne peut profiter au prêteur subséquent, s'il n'est constaté que le prêt a été fait sur la foi du cautionnement, et que telle convention est intervenue directement entre les parties.

1931. "La caution n'est tenue de satisfaire à l'obligation du "débiteur que dans le cas où ce dernier n'y satisfait pas lui-"même" (21).

Par application de ce principe, nous verrons que la caution non solidaire, et qui n'a pas renoncé à ce bénéfice, peut exiger, avant de s'acquitter, la discussion du débiteur principal.

5. Le cautionnement est un contrat de *bienfaisance.* Ce caractère est de la nature du cautionnement, mais non pas de son essence. Généralement, la caution s'inspire d'une pensée de bienfaisance envers le débiteur qui obtient, grâce à son intervention, un crédit qui lui serait autrement refusé. Il arrivera bien rarement que la caution s'engage par pensée de bienfaisance pour le créancier, mais un cautionnement subséquent à l'obligation principale pourrait s'expliquer par ce motif. Cependant, le cautionnement peut être un contrat intéressé de la part de la caution, qui recevrait le prix du risque qu'elle court, et c'est même la forme que le cautionnement tend de plus en plus à assumer. Mais tout intéressé qu'il puisse être, il sera régi par les règles de ce chapitre.

III. Etendue du cautionnement.—Du principe que tout cautionnement suppose une dette, il suit que le cautionnement ne peut avoir plus d'étendue que la dette qu'il garantit. L'article 1933 énonce ce principe et ses conséquences.

1933. "Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par "le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus oné-"reuses.

"Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, "et sous des conditions moins onéreuses.

"Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté "sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul; il est seule-"ment réductible à la mesure de l'obligation principale (22).

Suivant Pothier (*Obligations,* n° 370), le point de savoir si le

---

(21) Textuellement cette disposition n'existe pas dans le code Napoléon. On peut toutefois la comparer à l'art. 2011 de ce code.

(22) C'est la copie textuelle de l'art. 2013 C. N.

cautionnement est plus onéreux que l'obligation principale, s'estime non seulement *quantitate,* mais aussi *die, loco, conditione, modo.* Ainsi la caution ne peut s'engager pour une somme plus forte que le débiteur, ou payable à un terme plus court, ni s'obliger à payer dans un lieu moins commode, ou d'une manière pure et simple quand la dette n'est due que sous condition. Mais on enseigne, suivant en cela la doctrine de l'ancien droit (Pothier, n° 376), que l'obligation de la caution peut être mieux garantie. v. g. par une hypothèque, que celle du débiteur principal.

Dans la cause de *McCulloch* v. *Barclay,* M. L. R., 7 S. C., 414, le juge DeLorimier a décidé que la caution a droit au bénéfice du terme, nonobstant l'insolvabilité du débiteur. Cela paraît très évident.

Le deuxième alinéa de notre article énonce une solution qui ne pourrait souffrir de doute, en disant que le cautionnement peut être contracté pour une partie de la dette ou sous des conditions moins onéreuses.

Enfin, comme le dit le troisième alinéa de notre article, il n'y a qu'à réduire le cautionnement excessif et non pas à l'annuler. C'était déjà la solution de l'ancien droit qui, sur ce point, a rejeté la doctrine des jurisconsultes romains.

Dans le même ordre d'idées, il convient d'ajouter que le cautionnement en termes généraux a la même extension que la dette qu'il garantit et comprend tous ses accessoires. C'est ce que porte en ces termes l'article 1936 :—

1936. "Le cautionnement indéfini d'une obligation princi-"pale, s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais "de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénon-"ciation qui en est faite à la caution" (23).

Cet article est la contre-partie de la disposition finale de l'article 1935, cité plus haut, et qui dit que le cautionnement "ne "peut être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été con-"tracté". Si les termes en sont généraux ou indéfinis, le cautionnement comprend tout.

---

(23) Reproduction textuelle de l'article 2016 C. N.

Ainsi, le cautionnement indéfini d'une dette porte sur les intérêts qui en sont l'accessoire, le cautionnement d'un contrat s'étend aux dommages-intérêts résultant de son inexécution (24).

Mais qu'entend-on par frais de la première demande qui tombent sous le cautionnement indéfini, même sans dénonciation? Pothier (nº 404) répond que ce sont les frais du premier commandement ou du premier exploit de demande. Dans la cause de *Lamy* v. *Drapeau*, 1 D. C. A., 237 et 7 Q. L. R., 383, la cour d'appel a jugé que la caution ne doit que les frais de l'exploit originaire jusqu'au rapport de l'action inclusivement (25).

Si l'on veut rendre la caution responsable des frais subséquents, la poursuite doit lui être dénoncée.

Nous avons une jurisprudence assez abondante sur l'étendue et l'effet du cautionnement.

Ainsi, dans l'ancienne cause de *Torrance* v. *Gilmour*, 2 L. C. R., 231, il s'agissait d'un *capias* pour des dommages-intérêts. Le shérif avait pris un cautionnement pour le double du montant mentionné dans l'affidavit et endossé sur le bref. Il fut jugé que l'obligation de la caution ne pouvait excéder ce montant.

La décision du conseil privé, dans la cause de *Bank of British North America* v. *Cuvillier*, 14 Moore P. C., 187; 5 L. C. J., 57, n'est qu'un arrêt d'espèce où il s'agissait d'une lettre de garantie donnée pour garantir des avances qui seraient faites par une banque. Brièvement, on a jugé que le motif indiqué pour garantir ces avances n'affectait pas l'engagement de la caution, lorsque cet engagement était général et avait plus d'étendue que l'objet limité pour lequel il était supposé avoir été consenti. Dans l'espèce, une garantie d'avances faites à une personne fut déclarée couvrir l'escompte d'effets de commerce que le débiteur avait obtenu en son nom, mais pour le bénéfice d'une société commer-

---

(24) La caution solidaire répond de toutes les obligations du débiteur, sans que le créancier soit tenu de veiller à ses intérêts: *Quinn* v. *Edson*, 9 L. C. J., 101.

(25) Voy. au même effet la décision du juge Berthelot, dans la cause de *Dansereau* v. *Fontaine*, 10 L. C. J., 142.

ciale dont il était devenu membre subséquemment à la lettre de garantie.

Mais dans la cause de *The Consolidated Bank of Canada* v. *The Merchants Bank of Canada,* 27 L. C. J., 370, il fut jugé par la cour d'appel qu'une lettre de garantie donnée à une banque n'obligeait pas le garant à l'égard d'une banque constituée par la fusion intervenue entre la banque porteur de la lettre et une autre banque.

J'indique seulement—car il n'y a pas de difficulté sur ce point —un arrêt jugeant que l'extension d'un contrat de cautionnement, lorsqu'il s'agit d'une somme excédant $50.00, doit être prouvée par écrit ou par le serment de la partie adverse: *Mansfield* v. *Charette,* cour de revision, 6 L. N., 160.

Dans deux causes, on a affirmé la responsabilité des cautions d'un syndic officiel, pour le défaut de celui-ci de rendre compte de deniers qu'il avait reçus en sa qualité officielle: *Canada Guarantee Co.* v. *McNichols,* cour d'appel, 6 L. N., 323; *Dansereau* v. *Letourneux,* cour d'appel, M. L. R., 1 Q. B., 357, 4 D. C. A., 220; cour suprême, 12 *Supreme Court Repts.,* 307.

Dans la cause de *Hill* v. *Thompson,* 12 Q. L. R., 225, cour d'appel, la caution fut libérée parce que le gouvernement avait apporté des changements dans les conditions des avances ou paiements faits au principal obligé.

Dans la cause de *Exchange Bank of Canada* v. *Gault,* on avait garanti la fidélité d'un caissier de banque, qui fut plus tard nommé président de cette banque, et avait profité de sa position pour détourner des fonds au préjudice de la banque. Il fut jugé, par Loranger, J., que la caution était libérée. 30 L. C. J., 259.

Lorsqu'il s'agit d'une police de garantie pour la fidélité d'un employé, le maître doit observer rigoureusement les conditions stipulées à l'égard de la surveillance de l'employé et à la dénonciation de tout détournement commis par lui: *Harbour Commissioners of Montreal* v. *The Guarantee Company of North America,* cour suprême, 22 *Supreme Court Repts,* 542; cour d'appel, R. J. Q., 2 B. R., 6.

Cependant, dans la cause d'*Ahern* v. *The United States Life*

Assurance Co., une garantie donnée pour la fidélité d'un agent d'assurance, fut déclarée constituer un simple cautionnement, et non pas un *fidelity bond*, et la caution fut condamnée: cour d'appel, R. J. Q., 1 B. R., 314.

Il s'agissait de la fidélité d'un caissier de banque dans la cause de *London Guarantee and Accident Co.* v. *The Hochelaga Bank*, (R. J. Q., 3 B. R., 25), jugée par la cour d'appel. L'arrêt est intéressant surtout parce qu'il interprète les mots "fraud "and dishonesty amounting to embezzlement", qui, d'après la cour, doivent être entendus dans leur sens ordinaire. Au demeurant, l'arrêt est un arrêt d'espèce.

Je ne fais que mentionner la cause de *Martin* v. *Molleur* (7 R. de J., 391, Loranger, J.), comme jugeant que le doute sur l'existence ou l'étendue du cautionnement doit être interprété en faveur de la caution.

J'ajoute que, dans la cause récente de *Morgan* v. *Western Assurance Company* (R. J. Q., 13 B. R., 49), la cour d'appel a décidé que le jugement contre le débiteur principal ne constitue chose jugée contre la caution, que si ce jugement détermine la responsabilité du débiteur principal dans le cas même couvert par le cautionnement; et que, dans l'espèce, la caution, n'ayant garanti que la fidélité du débiteur principal dans l'accomplissement de ses devoirs, ne saurait être tenue responsable de ce que le créancier a, dans son intérêt, toléré et même approuvé la conduite de son agent.

Pour revenir maintenant aux dispositions du code, disons que l'article 1937 déclare, ce qui était à peine nécessaire, que "les "engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la "caution y fût obligée" (26).

Cette disposition n'est que la conséquence de l'article 1030. Dans le droit romain, la *sponsio* et la *fidepromissio* s'éteignaient après le décès de la caution; il en était autrement de l'obligation

(26) Les codificateurs ont reproduit textuellement l'art. 2017 C. N., qui a copié, aussi presque textuellement, Domat (éd. Rémy, t. 2, p. 83).

du *fidejussor*. C'est peut-être à cause de ces dispositions du droit romain que le législateur a cru devoir s'en expliquer expressément.

Naturellement, l'obligation de la caution, si elle est divisible, se divisera parmi ses héritiers.

Je puis ajouter que les seules cautions qui soient contraignables par corps, sont les cautions judiciaires (art. 833, § 3, C. P. C.).

IV. Différentes espèces de cautionnement. — Aux termes de l'article 1930, "le cautionnement est *conventionnel, légal* ou *ju-* "*diciaire*. Le premier résulte de la volonté des parties; le e- "cond est ordonné par la loi, et le dernier par jugement" (27).

Cette distinction des diverses espèces de cautionnement est de la plus haute importance. Aussi, j'aurai à distinguer, dans l'application des règles de ce chapitre, selon que le cautionnement rentre dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Il sera question, plus spécialement, du cautionnement légal et judiciaire au chapitre IV, ce qui ne veut pas dire que les règles générales de ce titre ne s'y appliquent pas en l'absence d'une exception admise par la loi.

V. Obligation du débiteur qui est tenu de fournir un cautionnement. — Le but du cautionnement étant de garantir au créancier le paiement de sa dette, ou l'accomplissement de l'obligation de son débiteur, on comprend que la principale considération pour le créancier est celle de la solvabilité de la caution. Donc, celui qui doit fournir caution, doit procurer le cautionnement d'une personne solvable. C'est cette idée assez élémentaire qu'exprime l'article 1938.

1938. Le débiteur obligé à fournir une caution, doit en pré- "senter une qui ait la capacité de contracter, qui ait dans le Bas-

---

(27) Cet article n'existe pas dans le code Napoléon, mais la classification qu'elle énonce est reconnue en France. Du reste, le code français, comme le nôtre, a un chapitre (le chapitre IV) où il est question de la caution légale et de la caution judiciaire.

"Canada des biens suffisants pour répondre de l'objet de l'obli-"gation et dont le domicile soit dans les limites du Canada"(28).

La capacité de contracter, dont il s'agit ici, c'est la capacité pleine et entière, ce qui exclut les mineurs et les interdits, représentés ou non par leurs tuteurs ou curateurs. On enseigne, en France, que la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut cautionner sans l'assistance de ce conseil (29).

Et quant à la solvabilité de la caution, l'article 1939 s'en explique dans les termes qui suivent:

1939. "La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à "ses propriétés foncières, excepté en matières de commerce, ou "lorsque la dette est modique et dans les cas où il en est disposé "autrement par quelque loi particulière.

"On n'a pas égard aux immeubles litigieux" (30).

La fortune immobilière est presque la seule dont on tînt compte dans l'ancien droit. Pour cette raison, en matière civile, lorsque le montant en jeu n'est pas modique, la loi n'a pas égard à la fortune mobilière de la caution quand il s'agit de déterminer sa solvabilité. Je puis ajouter que le cautionnement judiciaire emportant hypothèque (art. 2034), il est logique, du moins dans ce cas, de n'estimer la fortune de la caution offerte qu'eu égard à ses immeubles. En matière de commerce — c'est-

---

(28) On peut comparer cet article à l'article 2018 C. N. qui exige, chez la caution, la capacité de contracter, un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, sans indication de sa situation, et un domicile dans le ressort de la cour d'appel où le cautionnement doit être fourni.

(29) Guillouard, *Cautionnement*, n° 47; Baudry-Lacantinerie, n° 938.

(30) Le premier alinéa de notre article reproduit textuellement le premier alinéa de l'art. 2019 du code français, moins les mots "et dans les cas", etc., qui ne s'y trouvent pas. Le deuxième alinéa de l'art. 2019 a été reproduit par le deuxième alinéa de notre article, sauf que l'art. 2019 ajoute à cette disposition les mots suivants que notre article ne contient pas:—"ou dont la discussion deviendrait "trop difficile par l'éloignement de leur situation". Notre article n'avait pas besoin de reproduire cette disposition, car la caution doit avoir des biens dans le Bas-Canada.

à-dire quand la dette à garantir est commerciale — on ne suit plus la même règle, car il est naturel qu'un commerçant cherche à faire garantir sa dette par un autre commerçant, et il arrive souvent qu'un riche commerçant n'ait peu ou point d'immeubles.

Je dois ajouter que des corporations créées durant ces dernières années, font office de cautions et de fiduciaires. Leur charte leur donne le pouvoir de consentir des cautionnements légaux ou judiciaires, et il ne peut être question, dans leur cas, des exigences de l'article 1939.

Le caractère litigieux de l'immeuble possédé par la caution est une matière qui est abandonnée à l'arbitrage des tribunaux.

Il va sans dire — puisqu'il s'agit de la solvabilité de la caution — que ses immeubles ne s'estiment que déduction faite des charges qui les grèvent.

L'article 1940 ajoute:

1940. "Lorsque la caution, reçue par le créancier, volontaire-"ment, ou en justice, devient ensuite insolvable, il doit en être "donné une autre.

"Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la cau-"tion n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle "le créancier a exigé une telle personne pour caution" (31).

L'article 1940 s'applique au cautionnement judiciaire ou légal, et aussi au cautionnement conventionnel, lorsque le débiteur s'est engagé à fournir caution. Si le débiteur a de lui-même offert une caution, sans qu'il s'y fût expressément ou implicitement obligé, le créancier ne pourra plus tard se plaindre de l'insolvabilité de la caution qu'on lui a bénévolement donnée. On enseigne que notre article s'étend au cas où la caution était insolvable, à l'insu du créancier, au moment où celui-ci l'a acceptée (32).

Du reste, on suivra la règle de l'article 1939 pour déterminer si la caution continue d'avoir la solvabilité requise par la loi. On reconnaît, au surplus, le droit du débiteur d'offrir une caution supplétoire de manière que la solvabilité réunie des deux cau-

---

(31) Copie textuelle de l'article 2020 C. N.

(32) Baudry-Lacantinerie, n° 984.

tions soit égale à celle qu'offrait, au moment du cautionnement, la caution primitive. Enfin, la mort de la caution n'est pas assimilée à son insolvabilité, puisque ses engagements passent à ses héritiers (art. 1937), pas plus que la confusion qui s'opère entre les qualités de débiteur et de caution (33).

Il ne me paraît pas nécessaire de citer les arrêts de notre jurisprudence sur la validité du cautionnement judiciaire offerte ou donnée. Dans la plupart des cas il s'agissait du cautionnement donné aux fins d'un appel, et ces décisions sont des décisions de procédure. J'indique cependant un arrêt mettant de côté le cautionnement d'un mineur (*Derousset* v. *Binet,* 2 R. de L., 32) et deux autres, l'un validant le cautionnement consenti par un avocat (*Fournier* v. *Cannon,* 6 Q. L. R., 208, cour d'appel), et l'autre donnant effet à un cautionnement donné par un huissier (*Dupras* v. *Sauvé,* 4 L. N., 164, Torrance, J.). Disons, enfin, que dans la cause de *Slessor* v. *Desilets,* M. L. R., 1 S. C., 306, le juge Rainville a jugé qu'une femme majeure et non sous puissance de mari, peut légalement être offerte comme caution judiciaire.

CHAPITRE DEUXIEME. — DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

Il faut envisager les effets du cautionnement d'abord entre le créancier et la caution, puis entre celle-ci et le débiteur. C'est la classification du code que je vais suivre.

SECTION I. — DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION.

Les deux seuls effets du cautionnement entre le créancier et la caution, dont il soit question en cette section, sont le droit de la caution d'exiger la discussion du débiteur, ou de plusieurs

(33) Pour ces solutions, voy. le même auteur, n°s 985 et suiv.

cautions d'un même débiteur de demander le bénéfice de division.

I. Droit de la caution d'exiger la discussion du débiteur, ou bénéfice de discussion. — Nous avons vu que le cautionnement ne donne lieu, en principe, qu'à une obligation subsidiaire, et que la caution ne s'engage à payer la dette que pour le cas où le débiteur ne la payerait pas lui-même. Il en résulte, pour la caution, le droit d'exiger que le créancier discute préalablement les biens du débiteur, droit qui est connu sous le nom de *bénéfice de discussion.* Ce bénéfice nous vient du droit romain.

L'article 1941 indique la règle et les exceptions qu'elle comporte.

1941. "La caution n'est tenue à l'exécution de l'obligation "qu'à défaut du débiteur qui doit être préalablement discuté "dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice "de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement "avec le débiteur, auquel cas, l'effet de son engagement se règle "par les principes établis pour les dettes solidaires" (1).

Pour le moment, je ne m'occuperai que de la règle, sauf à expliquer les exceptions plus loin.

Pour bien comprendre cette règle, du reste, il faut citer l'article 1942, qui complète la disposition que je viens de rapporter.

1942. "Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur prin- "cipal que lorsque la caution le requiert sur les premières pour- "suites dirigées contre elle" (2).

Donc le bénéfice de discussion ne paralyse pas absolument le droit de poursuite du créancier contre la caution. Le créancier peut intenter son action, mais il est loisible, à la caution, d'arrêter sa poursuite par une exception dilatoire exigeant la discussion du débiteur. Le créancier n'est même pas obligé de mettre le débiteur en demeure de payer avant de s'adresser à la caution, et de prouver le refus du débiteur, comme condition de l'exerci-

(1) Le code reproduit presque textuellement l'art. 2021 du code français.

(2) C'est mot pour mot la disposition de l'art. 2022 C. N.

ce de son action contre la caution. On décide que la caution est tenue purement et simplement, et non pas sous la condition que le débiteur ne payera pas à l'échéance, sauf, bien entendu, le droit de la caution de demander *in limine litis* la discussion du débiteur (3).

Et ce n'est pas encore tout. Cette discussion se fait aux frais de la caution et sur les biens indiqués par elle. C'est ce que décrète en ces termes l'article 1943:

1943. "La caution qui requiert la discussion doit indiquer "au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les de- "niers suffisants pour faire la discussion.

"Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal si- "tués hors du Bas-Canada, ni des biens litigieux, ni ceux hypo- "théqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débi- "teur" (4).

Indiquons, quant à cette avance des deniers et à cette indication de biens, quelques solutions pratiques.

La caution peut indiquer des biens de toute espèce, meubles ou immeubles, pourvu qu'ils ne tombent pas dans la catégorie des biens exclus par l'article 1943, alinéa 2. Les frais de discussion comprennent ce qui est requis pour discuter les meubles comme les immeubles. On décide, en France, que la caution peut se contenter d'offrir les frais au moment où le créancier lui en demandera avance et qu'elle n'est pas tenue de les offrir au moment où elle invoque le bénéfice de discussion (5). Notre jurisprudence est en sens contraire, et on décide, et telle semble bien être la portée du premier alinéa de l'article 1943, que la

---

(3) Baudry-Lacantinerie, n° 1023.

(4) Le premier alinéa de notre article reproduit textuellement le premier alinéa de l'article 2023 C. N. La seule différence entre le deuxième alinéa de notre article, et l'alinéa correspondant de l'article 2023, c'est que, d'après l'article 2023, les biens doivent se trouver dans le ressort de la cour d'appel où le paiement doit se faire, tandis qu'aux termes de notre article, ils doivent se trouver au Bas-Canada.

(5) Baudry-Lacantinerie, n° 1029. Il invoque l'autorité de Pothier, *Obligations*, n° 414. Je ne puis voir que Pothier ait discuté la question telle qu'elle se pose.

caution doit indiquer les biens et offrir réellement les deniers par son exception dilatoire même (6).

Une solution, cependant, qui me paraît acceptable, c'est celle qui permet à la caution, après l'indication des biens par son exception dilatoire, d'indiquer des biens que le débiteur aurait acquis subséquemment ou que la caution aurait découverts depuis la production de son exception (7).

Doit-on ranger les biens indivis parmi les biens litigieux? On décide que oui, en France, sur le motif qu'avant d'en poursuivre l'expropriation, une demande en partage est nécessaire (8). Ce motif est inexact dans notre droit, car la part indivise du débiteur est susceptible de saisie et de vente, et j'écarte la solution qu'on en fait découler. L'indivision ne me paraît influer que sur l'évaluation de la part indivise du débiteur.

Lorsque la caution fait l'indication des biens et l'avance des deniers, le créancier doit procéder à la discussion de ces biens, sous peine de perdre la somme que cette discussion lui eût procurée au cas où le débiteur deviendrait plus tard insolvable. C'est ce que décrète l'article 1944, copié sur l'article 2024 du code Napoléon, contrairement au sentiment de Pothier (9) :

---

(6) *Panton* v. *Woods*, Berthelot, J., 11 L. C. J., 168; *Riendeau* v. *Campbell*, cour de révision, R. J. Q., 3 C. S., 393. Il y a une décision de la cour d'appel, dans une cause de *Richard* v. *Martin*, notée dans le code de M. DeBellefeuille, sous l'art. 1943, par laquelle on aurait jugé, en donnant effet à une convention par laquelle la caution ne devait être poursuivie avant la discussion du débiteur, que la caution n'était pas tenue, dans son exception dilatoire, d'indiquer les biens et d'offrir les frais. Il me paraît y avoir raison suffisante de distinguer cette décision des deux autres.

(7) Baudry-Lacantinerie, n° 1031.

(8) Même auteur, n° 1033.

(9) Les codificateurs reconnaissent que si la doctrine de Pothier était plus conforme à la rigueur des principes, la solution adoptée par le code Napoléon, après de longues discussions, et après que le premier projet eût énoncé la doctrine de Pothier, est plus conforme à l'équité. Ils ajoutent que ce serait rendre illusoire le bénéfice de discussion, que de permettre au créancier de conserver son recours contre la caution, même lorsque, par suite de son retard de faire la discussion du débiteur, celui-ci était devenu insolvable.

1944. "Toutes les fois que la caution a fait l'indication de "biens prescrite en l'article précédent, et qu'elle a fourni les de-"niers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à con-"currence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la cau-"tion, de l'insolvabilité du débiteur survenue après le défaut de "poursuite."

C'est sans doute par une exception que la caution opposera la défense autorisée par cet article, et la preuve de l'insolvabilité du débiteur lui incombe. Le créancier, du reste, doit établir la discussion par la production des documents qui la constatent.

Il convient maintenant d'indiquer les exceptions à la règle que la caution peut requérir la discussion des biens du débiteur, ou plutôt de dire quelles sont les cautions qui ne jouissent pas de ce bénéfice.

Et d'abord cette faculté est interdite à la caution judiciaire (10). On a considéré, sans doute, que cette discussion paralyserait ou du moins retarderait notablement l'exécution du jugement.

Il en est de même de celui qui a cautionné la caution judiciaire, et pour parité de motifs (11).

Ensuite, le bénéfice de discussion étant une faculté, la caution peut y renoncer par une clause spéciale de l'acte de cautionnement. L'article 1941, cité plus haut, mentionne cette renonciation (12).

Enfin, la caution solidaire, également aux termes de l'article 1941, est privée de ce bénéfice. Elle a consenti, en acceptant la

---

(10) Art. 1964. "La caution judiciaire ne peut point demander "la discussion du débiteur principal." Cette disposition est une copie textuelle de l'art. 2042 C. N.

(11) Art. 1965. "Celui qui a simplement cautionné la caution "judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal, ni "de la caution." C'est encore une reproduction de l'article 2043 C. N. Il en était autrement dans l'ancien droit.

(12) Si elle n'invoque pas ce bénéfice, elle peut être condamnée au paiement de la dette dans une poursuite intentée contre elle et le débiteur. *Sargent* v. *Johnston*, 19 L. C. J., 298.

solidarité, à être traitée de la même manière que le débiteur (13).

Ajoutons, pour écarter un doute, que le bénéfice de discussion est admissible en matière commerciale comme en matière civile. Il y a toutefois controverse sur ce point (14).

II. Bénéfice de division. — On suppose ici que plusieurs personnes se sont rendues cautions d'une même dette, sans qu'il y ait eu stipulation de solidarité. Alors, de quelle manière sont-elles tenues au paiement de cette dette, à défaut du débiteur?

Le code commence par dire que chacune d'elles est tenue à toute la dette. Je cite l'article 1945 qui reproduit textuellement l'article 2025 du code français.

1945. "Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions "d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées "chacune à toute la dette."

Le code ne dit pas que les cautions qu'elle envisage sont solidaires, ce qui entraîne la conséquence qu'elles ne le sont pas, car la solidarité ne se présume pas. Le plus qu'on puisse dire c'est qu'elles sont tenues *in solidum,* ce qui n'est pas la même chose.

Mais, à moins que par la convention ou par une loi, les cautions ne soient déclarées solidaires, elles jouissent du bénéfice de division. La nature et les effets de ce bénéfice sont expliqués par l'article 1945.

1946. "Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait

---

(13) Dans la cause de *Lamoureux* v. *Sapuyère*, R. J. Q., 13 C. S., 56, le juge Loranger a décidé que la clause par laquelle des cautions s'obligent solidairement avec les débiteurs principaux au paiement d'une obligation, "mais seulement à défaut de paiement de la part des débiteurs principaux, et après discussion préalable et avis donné de tel défaut de paiement," n'empêche pas le créancier de poursuivre les cautions en même temps que les débiteurs principaux, sauf à n'exécuter le jugement contre les cautions qu'après avoir discuté les biens des débiteurs principaux, sur avance préalable des deniers nécessaires et indication des biens à discuter.

(14) Baudry-Lacantinerie, n° 1049. Il convient de dire, cependant, que la caution commerciale sera ordinairement obligée solidairement avec le débiteur.

"renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise "son action et la réduise à la part et portion de chaque caution.

"Lorsque dans le temps où l'une des cautions a fait prononcer "la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue "proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut "plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis "la division" (15).

On le voit, l'article 1946 modifie considérablement l'article 1945 ou du moins en atténue l'application, de telle sorte que la caution, bien qu'elle soit tenue à toute la dette, obtiendra de n'être condamnée qu'à sa part et portion, ce qui d'ailleurs s'opérera sans que le créancier en éprouve préjudice, car la part des cautions insolvables se répartira sur les autres.

Le bénéfice de division suppose nécessairement que plusieurs personnes se sont rendues cautions pour le même débiteur et pour la même dette. Elle ne peut être demandée entre les cautions de différents débiteurs, ni par le certificateur d'une caution à l'égard de cette caution.

Il n'importe pas d'ailleurs à quelle époque les cautions se sont engagées; une personne, qui était seule caution lors de son engagement, pourra exiger le bénéfice de division si d'autres personnes sont venues cautionner la même dette et le même débiteur. Supposons maintenant que le créancier actionne la caution, comme il peut le faire, pour la dette tout entière, et qu'il existe quatre autres cautions qui ne sont pas poursuivies. Le défendeur peut, dans ce cas, par un plaidoyer au fond (16), demander à n'être condamné que pour sa part. Si lors du jugement (17), toutes

---

(15) Copie textuelle de l'art. 2026 C. N.

(16) Pothier, n° 425; Baudry-Lacantinerie, n° 1063. La loi n'exige pas que la demande de division, comme la demande de discussion, se fasse *sur les premières poursuites.* D'ailleurs, c'est bien de sa nature un plaidoyer au fond, ou une exception péremptoire comme on disait autrefois, car elle a l'effet de limiter la condamnation de la caution à une partie seulement de la dette.

(17) Ce ne serait pas juste à l'égard du créancier de faire remonter les effets de la division au moment où elle a été demandée. Du reste, l'article 1946 parle du temps où la caution *a fait prononcer* la division.

les cautions sont solvables, le défendeur ne sera condamné qu'à un cinquième de la dette. Si, au contraire, deux cautions sont insolvables, on agira comme s'il n'y avait que trois cautions, et la condamnation sera pour un tiers. L'insolvabilité qui surviendra après le jugement sera à la charge du créancier, qui pourra s'en prendre à lui-même d'avoir retardé ses poursuites contre les autres cautions.

Maintenant on enseigne que parmi les cautions dont on tient compte pour opérer la division, sont comprises les cautions dont les biens sont situés à l'étranger (18), et celles qui se sont engagées sous condition ou à terme, sauf que si la condition à laquelle est subordonné l'engagement de l'une des cautions fait défaut, le créancier aura un recours contre les autres. Il en serait de même si à l'échéance du terme la caution est insolvable (19).

La caution n'est pas obligée d'avancer au créancier les frais de poursuite contre les autres cautions, comme dans le cas du bénéfice de discussion. D'ailleurs, la preuve de la solvabilité des autres cautions fait voir que le créancier ne court aucun risque à cet égard, et peut-être ne sera-t-il pas nécessaire de les poursuivre.

Ajoutons, ce qui paraît aller de soi, que la caution ne peut demander la division que lorsqu'elle est elle-même poursuivie (20). Il importait peu que les autres cautions, quoique encore solvables, dissipassent leurs biens de manière à faire craindre pour leur solvabilité future.

Il est à peine nécessaire de dire que l'on peut renoncer au bénéfice de division, clause qu'on trouve dans la plupart des cautionnements conjoints.

Dans l'ancien droit, la caution judiciaire ne pouvait réclamer

---

(18) Voy. Baudry-Lacantinerie, n° 1057; il y a toutefois quelques dissidences. L'ancien droit était en sens contraire (Pothier, n° 423). Je ne vois pas comment on puisse douter de la solution indiquée dans le texte, en présence de l'article 1946, qui ne fait, entre les cautions, d'autre distinction que celle de leur solvabilité.

(19) Pothier, n° 421; Baudry-Lacantinerie, n° 1059.

(20) Pothier, n° 535; Baudry-Lacantinerie, n° 1063.

ce bénéfice (Pothier, n° 417). L'article 1964 ne privant cette caution que du bénéfice de discussion, il faut lui appliquer la règle générale de l'article 1946 à l'égard du bénéfice de division. C'est ce qu'on enseigne en France (21).

Le créancier, en l'absence de toute demande, peut de lui-même diviser son action, mais s'il le fait, il ne peut revenir sur cette division, même au cas où il y aurait des insolvables parmi les cautions.

C'est la disposition de l'article 1947, reproduction textuelle de l'article 2027 du code français.

1947. "Si le créancier a divisé lui-même et volontairement "son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y "eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, "des cautions insolvables."

On enseigne qu'il en est de même si le créancier consent à recevoir d'une caution le paiement de sa part dans la dette (22).

Section II.—De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

Le seul effet du cautionnement entre le débiteur et la caution dont parle le code, est l'obligation du débiteur d'indemniser la caution qui paie sa dette. L'engagement de la caution, nous l'avons vu, est subsidiaire. Le créancier peut, il est vrai, s'adresser directement à elle et lui demander le paiement de la dette qu'elle a cautionnée. Mais, dans les rapports de la caution et du débiteur, il n'y a qu'une seule personne qui doive la dette, et c'est le débiteur principal. Donc, si la caution paie, elle a nécessairement un recours. C'est de ce recours qu'il est question en cette section (23).

---

(21) Baudry-Lacantinerie, n° 1067.

(22) Guillouard, n° 158.

(23) Il y a, bien entendu, d'autres questions qui peuvent se présenter entre le débiteur et la caution, comme le paiement du salaire stipulé par cette dernière. Ce sont, cependant, des questions accidentelles qui seront décidées suivant la convention ou les principes du droit.

Mais, au seuil de la matière, une importante distinction s'impose. Nous avons vu, à l'article 1934, qu'on peut se rendre caution sans l'ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. Lorsque la caution s'oblige à la demande du débiteur, ou avec son consentement, le contrat renferme virtuellement un mandat de payer, et l'action de la caution qui a payé est véritablement, suivant l'expression de Pothier (n° 429), l'action *mandati contrariâ.* Au contraire, dans le cas du cautionnement consenti à l'insu du débiteur, il n'existe aucun mandat de payer, et quand la caution acquitte la dette, son recours ne peut être basé que sur la considération qu'elle a été le *negotiorum gestor* du débiteur.

Cette distinction est très importante, car le mandataire, qui a apporté à sa gestion les soins d'un bon père de famille et n'a pas dépassé les bornes de sa procuration, peut réclamer du mandant tous ses déboursés, sans égard à leur utilité (art. 1722), tandis que le gérant d'affaires ne peut répéter que ses déboursés utiles, c'est-à-dire ceux que la personne dont l'affaire a été gérée aurait elle-même dû faire (art. 1046).

Mais le code Napoléon, après avoir posé le principe que l'on peut cautionner quelqu'un, soit à sa demande, soit même à son insu, a manqué de logique en accordant à la caution le même recours dans l'un et l'autre cas, et c'est la première différence importante que nous rencontrons entre ce code et le nôtre, et cela dans un titre où, sous les autres rapports, les deux codes sont presque identiques.

Donc, dans notre droit, il faut distinguer selon que la caution s'est obligée avec ou sans le consentement du débiteur.

I. Recours de la caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur. — L'action de la caution, dans ce cas, est fondée sur le mandat que renferme implicitement le cautionnement. La caution a droit à tout ce qu'elle a été appelée à payer. C'est l'article 1948 qui lui accorde ce recours.

1948. "La caution qui s'est obligée avec le consentement du "débiteur, a son recours pour ce qu'elle a payé pour lui, en prin-

"cipal, intérêt et frais, et aussi pour les frais faits contre elle, et "ceux par elle légalement encourus pour et depuis la dénoncia- "tion.

"Elle a aussi recours pour les dommages s'il y a lieu" (24).

Il importe peu que la caution ait payé sur poursuite du créancier ou volontairement. Dans l'un et l'autre cas, elle a procuré au débiteur la libération de sa dette, et elle a droit au remboursement de ce qu'elle a payé. D'ailleurs, le même remboursement est dû à la caution dans le cas d'un paiement fictif par voie de compensation ou de novation, que dans le cas d'un paiement réel. Mais si le créancier, en considération de la caution, fait remise de la dette, cette dernière n'ayant rien payé, n'a rien à recevoir. Observons, toutefois, que lorsque la remise est faite en considération des services que la caution a rendus au créancier, le débiteur est obligé de payer à la caution la valeur de ces services, car le paiement s'est opéré par voie de compensation. C'était la doctrine de Pothier (25). Il faudra toutefois voir si le créancier n'a pas, de fait, cédé sa créance à la caution, auquel cas il est clair que la caution pourrait forcer le débiteur à la payer.

Si la caution n'a payé qu'une partie de la dette, elle ne peut

(24) J'ai dit que le code Napoléon ne fait pas la distinction entre la caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur, et celle qui a cautionné sans ce consentement. Au contraire, l'article 2028 du code français porte que la caution qui a payé, a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su où à l'insu du débiteur, et que ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et pour les frais. Il ajoute, néanmoins, que la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle (on observe qu'il faut lire "n'a de recours pour les frais faits contre elle que depuis qu'elle a dénoncé...."). Enfin, dans un troisième alinéa, l'article 2028 dit que la caution a aussi recours pour les dommages et intérêts s'il y a lieu.

(25) N° 431. Il va sans dire que si le créancier fait remise du cautionnement seulement, même pour une considération appréciable en argent, la caution n'a rien à réclamer, car le débiteur ne bénéficie pas de cette remise. Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 1091.

réclamer que ce qu'elle a déboursé, même lorsque le créancier, en considération de ce paiement, a fait remise entière de la dette. Si elle a payé plus que la dette, elle n'a de recours que pour le montant de cette dette, car elle a déboursé le surplus sans cause et sans mandat.

Le code mentionne deux cas où la caution, qui a payé, n'a point de recours contre le débiteur. C'est la disposition de l'article 1952, copié sur l'article 2031 du code français.

1952. "La caution qui a payé une première fois n'a point de "recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde "fois, lorsqu'elle ne l'a pas averti du paiement par elle fait, sauf "son action en répétition contre le créancier.

"Lorsque la caution a payé sans être poursuivie et sans aver-"tir le débiteur principal, elle n'a point de recours contre lui "dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu "des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action "en répétition contre le créancier."

Observons que si la caution n'a pas de recours contre le débiteur, lorsqu'elle ne l'a pas averti du paiement par elle fait et que le débiteur a payé une seconde fois, elle a un recours quand le débiteur a acquitté sa dette sans l'en prévenir, et qu'elle a elle-même payé une seconde fois, car c'est par la faute du débiteur qu'elle a fait ce paiement.

Cependant, la caution doit, dans tous les cas où elle paie sans poursuite, en avertir au préalable le débiteur, car autrement elle court le risque de voir son action récursoire renvoyée au cas où le débiteur démontrerait qu'il aurait pu, s'il en avait été prévenu, faire déclarer la dette éteinte. C'est le principe qui domine en matière de garantie (art. 1520).

Notre article, alinéa 2, dit "sans être poursuivie". Faut-il décider que la caution n'a rien à craindre pour son recours, quand elle paie sur poursuite du créancier, et cela sans en avertir le débiteur, et sans égard aux moyens d'extinction de la dette que le débiteur aurait pu opposer au créancier s'il avait été mis en cause ? En d'autres termes, la caution, poursuivie par le créancier, est-elle obligée, sous peine de perdre son recours, d'opposer

au créancier les moyens d'extinction de la dette dont elle a connaissance, ou bien d'actionner le débiteur en garantie?

Pothier (n° 433) répondait à cette dernière question dans l'affirmative, et cette solution est enseignée dans le droit français moderne (26). Cependant, on y reconnaît, avec Pothier, que la caution n'est pas obligée d'opposer des moyens peu honorables, comme la prescription, pourvu qu'elle mette le débiteur en cause, afin qu'il invoque ces moyens s'il le croit bon.

Tout en acceptant ces solutions, je crois que ce qu'il y a de plus simple, c'est d'appeler le débiteur principal en garantie. On arrêtera l'action du créancier par l'exception dilatoire de garantie, et le débiteur sera alors sommé à intervenir dans la poursuite pour contester la demande. Dans ces circonstances, si la caution est forcée de payer, son recours contre le débiteur, et le jugement sur l'action principale devra l'accueillir, ne ouffre aucun doute.

Pour revenir maintenant à l'article 1948, nous voyons que la caution peut réclamer ce qu'elle a payé pour le débiteur en principal, intérêts et frais, et aussi les frais faits contre elle et ceux par elle légalement encourus pour et depuis la dénonciation. L'article 1948 ajoute qu'elle a également recours pour les dommages s'il y a lieu.

Donc la caution peut réclamer ce qu'elle a payé pour le débiteur "en principal, intérêts et frais". L'article 2028 du code Napoléon dit que le recours de la caution a lieu "tant pour le "principal que pour les intérêts et les frais", et on enseigne que ce *principal* comprend tout ce qu'elle a payé pour le débiteur, la dette et les intérêts sur cette dette, et que les *intérêts* désignent les intérêts de la somme que la caution a déboursée, lesquels lui sont dus de plein droit (27).

Il y a probablement une différence entre les deux articles, mais au fond, il n'y a pas de difficulté. La caution a agi comme mandataire du débiteur, et les intérêts courent de plein droit en faveur du mandataire, du jour que les deniers ont été avan-

---

(26) **Baudry-Lacantinerie, n° 1090.**

(27) **Baudry-Lacantinerie, n°s 1079, 1080.**

cés (art. 1724). Donc, les intérêts sur la somme déboursée par la caution courent de plein droit du jour du paiement.

La caution peut également répéter les frais qu'elle a payés au créancier, et ceux qu'elle a encourus "pour et depuis la dénonciation", dit l'article 1948. On peut comparer cette disposition à l'article 1936 qui rend la caution, sous un cautionnement indéfini, responsable des frais de la première demande faite contre le débiteur, et de tous ceux postérieurs à la dénonciation qui lui en est faite. Lorsque la poursuite est dirigée contre la caution, le créancier peut réclamer les frais de la première demande qu'il a faite contre le débiteur et ceux subséquents à la dénonciation de cette demande contre le débiteur. La caution peut répéter du débiteur tous les frais qu'elle a payés au créancier et ceux qu'elle a encourus, c'est-à-dire ceux de la première demande faite contre elle, les frais de la dénonciation de la poursuite au débiteur, et les frais encourus depuis cette dénonciation par le défaut du débiteur d'intervenir dans la poursuite et de la faire casser (28).

Enfin, la caution peut réclamer des dommages-intérêts s'il y a lieu, c'est-à-dire lorsque les intérêts sur la somme déboursée ne suffisent pour la dédommager.

II. Recours anticipé de la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur. — Régulièrement la caution ne peut recourir contre le débiteur que lorsqu'elle a payé. Cependant, dans cinq cas, elle peut agir contre lui, même avant d'avoir acquitté la dette. Ces cas sont énumérés en ces termes par l'article 1953 :

1953. "La caution qui s'est obligée du consentement du débi-"teur peut agir contre lui, même avant d'avoir payé, pour en "être indemnisée:

"1. Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement;

"2. Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture;

"3. Lorsque le débiteur s'est obligé à lui rapporter sa quittan-"ce dans un certain temps;

---

(28) Baudry-Lacantinerie, n° 1081.

"4. Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du "terme sous lequel elle avait été contractée, sans avoir égard au "délai accordé par le créancier au débiteur sans le consentement "de la caution;

"5. Au bout de dix ans, lorsque l'obligation principale n'a "point de terme fixe d'échéance; à moins que l'obligation prin-"cipale, telle qu'une tutelle, ne soit de nature à ne pouvoir être "éteinte avant un terme déterminé" (29).

Premier cas. — La caution peut agir immédiatement contre le débiteur, lorsqu'elle est poursuivie par le créancier. Il n'est pas nécessaire qu'elle attende d'être condamnée, le seul fait de la poursuite donne ouverture à son action.

Remarquons, toutefois, que deux remèdes plus utiles sont à sa disposition. Elle peut d'abord demander la discussion du débiteur, si elle n'a pas renoncé à ce droit. Cette demande suspendra l'action du créancier, et si la discussion suffit pour éteindre la dette, la caution se trouvera libérée. Ou bien, elle peut appeler le débiteur en garantie, en faisant suspendre les poursuites du créancier par une exception dilatoire, et le jugement qui la condamnera vis-à-vis du créancier, contiendra une condamnation contre le débiteur en faveur de la caution.

Deuxième cas. — La caution peut exercer son recours contre le débiteur, lorsque celui-ci fait faillite ou tombe en déconfiture. On suppose que, dans ce cas, le créancier néglige de produire sa réclamation contre la faillite, se trouvant pleinement assuré par la solvabilité de la caution. Celle-ci peut alors produire elle-même la réclamation que le créancier aurait pu faire et obtenir une collocation qui l'indemnisera, du moins en partie, de la dé-

(29) Les seules différences entre cette disposition et l'article 2032 du code français, c'est que ce dernier article ne distingue pas entre la caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur et celle qui l'a cautionné à son insu, sa disposition s'appliquant à l'une et à l'autre, et que l'on n'ajoute pas, au paragraphe 4, les mots "sans avoir égard, etc."

pense qu'elle devra assumer, et cela, bien entendu, avant même d'avoir payé le créancier. Il n'est question ici que de la faillite ou de la déconfiture. La simple dissipation de ses biens par le débiteur ne suffirait pas.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que la caution ne peut concourir avec le créancier à la faillite du débiteur, car la même dette figurerait deux fois à son passif.

Indiquons, à cet égard, qu'il a été jugé que la caution qui a payé ne peut concourir avec les autres créanciers d'un insolvable (*Whitney* v. *Craig*, 7 L. C. R., 272; *Paquet* v. *Canada Guarantee Co.*, 4 L. N. 229). Cela me paraîtrait très discutable, lorsque la caution a payé toute la créance, car elle est alors subrogée à tous les droits du créancier.

Dans la cause de *Sirois* v. *Beaubien*, 13 Q. L. R., 293, la cour de revision a jugé que l'indemnité que peut exiger la caution d'un débiteur en faillite, ne lui permet pas d'opposer la dette qu'elle a cautionnée en compensation ou extinction de sa dette au failli.

Troisième cas. — Le recours anticipé de la caution est ouvert lorsque le débiteur a promis de lui rapporter sa décharge dans un certain temps, et qu'il n'a pas rempli sa promesse. Peu importe, d'ailleurs, l'époque où cette promesse a été faite.

Quatrième cas. — La caution a droit de s'attendre à ce que le débiteur paie la dette à l'échéance. Si cette échéance arrive, et que le débiteur n'acquitte pas son obligation, l'inaction du créancier ne peut nuire à la caution. Celle-ci peut donc agir immédiatement contre le débiteur.

Notre article ajoute — j'ai dit que l'article correspondant du code français garde le silence sur ce point — qu'on ne doit pas avoir égard au délai accordé au débiteur par le créancier sans le consentement de la caution. Nous verrons que la simple prorogation de terme consenti par le créancier ne décharge pas la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur principal (art. 1961). Mais cette prorogation de terme ne doit pas nuire à

cette dernière. La caution peut donc recourir immédiatement contre le débiteur, ce qui démontre que la prorogation de terme sera illusoire pour le débiteur, si la caution n'y consent pas.

Cinquième cas. — Si l'obligation est à long terme, la caution qui y adhère ne peut en principe demander sa décharge avant l'expiration du terme (30). Mais lorsqu'elle n'a aucun terme fixe d'échéance, en d'autres termes lorsque sa durée est à la fois indéfinie et illimitée, comme dans le cas d'une rente perpétuelle, la loi, peut-être un peu arbitrairement (31), fixe un délai de dix ans, passé lequel la caution peut demander sa décharge au débiteur. Le seul fait que la durée de l'obligation est indéfinie ne suffit pas pour que la caution puisse demander sa décharge au bout de dix ans. Le code donne l'exemple de la tutelle. La durée de cette obligation n'est pas illimitée, puisque la tutelle ne peut subsister plus longtemps que la minorité, mais elle est indéfinie en ce sens que les pupilles peuvent ne point atteindre la majorité. D'ailleurs, on doit présumer que la caution a entendu garantir la fidélité du tuteur jusqu'à la fin de son administration, que cette administration se terminât par la majorité des pupilles, ou auparavant par leur décès. Dans le cas de la rente perpétuelle affectant des immeubles, la caution a pu prévoir que le débi-rentier la rembourserait, car cette rente est remboursable, seulement l'époque du remboursement n'a pas été fixée, et il y a application de notre article. La rente viagère, au contraire, étant stipulée pour la durée d'une ou de plusieurs vies, peut être assimilée à la tutelle, et il n'y a pas lieu à la décharge de la caution au bout de dix ans (32).

Il convient d'ajouter que le code fait une exception à la règle qu'énonce le cinquième paragraphe de notre article. C'est la disposition de l'article 1954, qui n'existe pas dans le code français.

---

(30) Sauf, bien entendu, les deuxième et troisième cas de l'article 1953.

(31) L'ancien droit était bien plus arbitraire à cet égard, puisqu'il s'en rapportait à l'arbitrage du juge. Comp. Pothier, n° 441.

(32) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 1098.

1954. "La règle contenue au dernier paragraphe du précé-"dent article ne s'applique pas aux cautions que fournissent les "officiers publics ou autres employés pour la garantie de l'exécu-"tion des devoirs de leurs charges; ces cautions ayant droit en "tout temps de se libérer pour l'avenir de leur cautionnement, "en donnant avis préalable suffisant, à moins qu'il n'en ait été "autrement convenu."

Complétons cette disposition en citant l'article 616 des statuts refondus de la province de Québec:

616. "La caution d'un officier ou d'un employé public peut "libérer les deniers ou débentures par elle donnés en gage, ou les "biens-fonds par elle hypothéqués, de toute obligation future ré-"sultant de son cautionnement, en donnant au trésorier de la "province avis préalable à cet effet d'au moins trois mois."

J'ajouterai maintenant quelques observations supplémentaires sur le recours anticipé de la caution.

Disons d'abord que l'article 1953, dérogeant au droit commun, la caution ne peut demander sa décharge en d'autres cas que ceux qui y sont énumérés. Ainsi, le défaut du débiteur de payer les intérêts, la dissipation de ses biens, tant qu'il n'est pas en état de faillite ou de déconfiture, ne suffiraient pas. Il est clair, cependant, que le contraire peut être stipulé par une convention entre le débiteur et la caution.

Ensuite, on enseigne que ce recours n'est ouvert que lorsque le créancier n'agit pas lui-même contre le débiteur (33).

Enfin, l'indemnité que la caution peut exiger du débiteur est une somme suffisante pour payer la dette. Mais on décide, et cela n'est que de raison, que le débiteur peut, ou bien obtenir du créancier la décharge de la caution, ou, ce qui vient au même, la substitution d'une autre caution à sa place, ou bien donner à la caution des garanties suffisantes qu'il payera sa dette (34). Il va sans dire qu'il peut éteindre lui-même la dette en payant le créancier, ce qui serait préférable à un paiement fait aux mains

---

(33) Baudry-Lacantinerie, n° 1100.

(34) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 1102.

de la caution. J'ajoute que dans la cause de *Pelletier* v. *Deschênes,* 1 R. de J., 352, le juge Cimon a décidé que l'indemnité due à la caution est, jusqu'à un certain point, à la discrétion du tribunal, qui, au lieu de condamner le débiteur à verser la somme cautionnée entre les mains de la caution, peut ordonner qu'il la consigne au greffe.

III. Recours de la caution qui s'est obligée sans le consentement du débiteur. — Il s'agit ici d'un tout autre ordre d'idées. Cette caution est un gérant d'affaires. Or, le gérant d'affaires n'a d'action contre celui dont il a géré l'affaire, que si cette affaire a été bien administrée. A cette condition, il a droit d'être indemnisé de tous les engagements personnels qu'il a pris pour cette affaire, et d'être remboursé de toutes ses dépenses nécessaires ou utiles (art. 1046).

L'article 1949, qui, comme je l'ai dit, n'a pas d'article correspondant au code Napoléon, applique ces principes au cautionnement.

1949. "La caution qui s'est obligée sans le consentement du "débiteur n'a droit, en payant, de recouvrer que ce que ce der-"nier aurait été tenu de payer si tel cautionnement n'avait pas "eu lieu, sauf les frais subséquents à la dénonciation du paie-"ment fait, qui sont à la charge du débiteur.

"Elle a aussi recours pour les dommages auxquels le débiteur "aurait été tenu sans ce cautionnement."

Le recours de la caution dépend donc de la question de savoir si le débiteur aurait été lui-même obligé d'acquitter la dette. S'il pouvait, par quelque exception, personnelle ou réelle, repousser la demande du créancier, la caution n'aura pas de recours contre lui. Elle n'a certainement pas une meilleure créance que le créancier, aux droits duquel, comme je le dirai, elle se trouve subrogée de plein droit.

Quant aux intérêts de la somme payée par la caution au créancier, il peut y avoir de la difficulté à déterminer si ces intérêts courent à compter du paiement, ou seulement de la mise en demeure. La question de savoir si le gérant d'affaires peut exiger

l'intérêt sur ses avances à compter du jour où il les a faites est controversée, mais j'ai indiqué mes préférences pour l'opinion qui ne fait courir les intérêts que de la mise en demeure (35). Je crois, cependant, que le texte de l'article 1949 nous permet de faire une distinction. Si la dette que la caution a payée portait intérêt, le débiteur aurait été obligé de payer cet intérêt à compter du jour du paiement, si la caution n'avait pas désintéressé le créancier. Il s'enrichirait donc aux dépens de la caution, si celle-ci ne pouvait lui réclamer ces intérêts. Dans les autres cas, je n'accorderais les intérêts que de la mise en demeure par application du droit commun (art. 1077) (36).

A l'égard des frais, l'article 1949 dit que la caution a droit aux frais subséquents à la dénonciation au débiteur du paiement qu'elle a fait pour lui (37), ce qui ne veut pas dire, cependant, qu'elle ne puisse réclamer les frais qu'elle a payés au créancier et qui étaient dus par le débiteur. Mais il est évident qu'elle ne peut exiger du débiteur les frais de l'action que le créancier a dirigée contre elle, car le débiteur n'est tenu de lui payer que ce qu'il aurait été obligé de payer au créancier sans le cautionnement, et c'est le cautionnement et le défaut de la caution d'acquitter qui donnent lieu à ces frais.

La disposition de l'article 1949 au sujet des dommages est assez difficile à expliquer. Le premier alinéa de cet article accorde à la caution un recours pour tout ce que le débiteur aurait été tenu de payer si le cautionnement n'avait pas eu lieu, et cette

(35) Voir mon tome 5, p. 313, note (1).

(36) On accorde les intérêts en France dans tous les cas pour la raison que le code français ne distingue pas selon que la caution s'est obligée avec ou sans le consentement du débiteur.

(37) Ce sont vraisemblablement les frais de l'action en remboursement que la caution intente contre le débiteur, car on ne voit pas quels frais la caution peut encourir, à l'égard du créancier, après qu'elle a payé la dette. Il est possible toutefois que l'article 1949 trouverait son application dans le cas d'un paiement partiel fait par la caution et dénoncé au débiteur, en supposant toujours que le créancier ait accepté ce paiement sans préjudice à ses droits pour le surplus.

disposition est assez générale pour comprendre les dommages qu'il aurait été obligé de payer au créancier. D'un autre côté, on ne voit pas à quels autres dommages le deuxième alinéa de notre article peut se référer, et les codificateurs ne s'en expliquent pas. On peut bien imaginer le cas d'une obligation qui stipulerait une peine au cas où le débiteur ne fournirait pas un cautionnement, peine à laquelle il aurait échappé grâce à l'intervention de la caution, mais ce ne sont pas là des dommages, et accorder le montant de la peine à la caution serait réellement lui attribuer un salaire. La meilleure solution, probablement, est de comparer l'article 1949 à l'article 1948. Ce dernier article donne à la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur un recours pour les dommages s'il y a lieu, et j'ai expliqué que ce sont les dommages que l'intérêt légal ne suffit pas pour compenser. Dans le cas de la caution qui s'est obligée sans le consentement du débiteur, la caution pourra réclamer ces dommages si le débiteur y aurait été tenu lui-même sans le cautionnement.

D'ailleurs, l'hypothèse que prévoit l'article 1949, d'une caution qui s'oblige sans le consentement du débiteur, n'est pas de nature à se présenter fréquemment dans la pratique. Je ne connais qu'un seul arrêt dans notre jurisprudence où il ait été question d'une telle caution, et le juge Mathieu y a décidé qu'elle pouvait, pour cause suffisante, faire émaner contre le débiteur un bref de *capias ad respondendum,* sans avoir au préalable fait signifier au défendeur la subrogation qu'elle avait obtenue du créancier : *Ewan* v. *Douglas,* 12 R. L., 457.

IV. Subrogation de la caution aux droits du créancier. — Lorsque la caution paie, elle est de plein droit subrogée aux droits du créancier. C'est ce que l'article 1156, alinéa 3, a déjà dit, en parlant de ceux qui paient pour d'autres, et l'article 1950 le répète en ces termes :

1950. "La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les "droits qu'avait le créancier contre le débiteur" (38).

---

(38) C'est la copie textuelle de l'art. 2029 C. N.

En parlant du recours de la caution contre le débiteur dont elle a payé la dette, j'ai envisagé son action personnelle, celle qui découle de son cautionnement et de son paiement, dans le cas de la caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur, et qui résulte de son paiement, dans le cas de la caution qui a cautionné sans ce consentement. Cette action, cependant, est souvent moins avantageuse que l'action du créancier, laquelle peut être nantie de privilèges ou hypothèques. Il est donc important que la caution ait au moins autant de droits que le créancier qu'elle désintéresse. Dans l'ancienne jurisprudence, la subrogation devait être requise par la caution lorsqu'elle payait, sans quoi elle était censée n'avoir payé que pour acquitter sa propre dette. Notre article 1156, comme l'article 1251 du code français, a innové à l'ancien droit en admettant la subrogation légale de plein droit "au profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres, et qu'il a intérêt d'acquitter" (39). Donc le seul fait du paiement subroge la caution aux droits du créancier.

Cette subrogation d'ailleurs appartient à la caution qui s'est engagée sans le consentement du débiteur comme à celle qui s'est obligée avec ce consentement, car l'article 1950 ne distingue pas. Il n'y a là, au surplus, qu'application du principe de l'article 1949, car tout ce que la caution obtient par la subrogation, ce sont les droits du créancier, et c'est là la mesure de ce que le débiteur doit à la caution qui a garanti sa dette sans son consentement.

L'étendue de la subrogation est indiquée par notre article qui dit que la caution est subrogée à *tous les droits* du créancier. Peu importe que ces droits aient été acquis depuis le cautionnement. Donc, d'une manière générale, tout droit que le créancier aurait pu exercer est ouvert à la caution (40). Observons,

---

(39) Voy. mon tome 5, p. 566.

(40) Moins, bien entendu, la contrainte par corps, lorsque la caution y est sujette. La caution n'a pas plus de droits que le créancier. Ainsi, si elle paie la dette avant son échéance, elle acquiert bien la subrogation, mais elle ne peut recourir contre le débiteur avant l'expiration du terme.

toutefois, que, par application des principes qui régissent la subrogation, la caution ne peut, tout en exerçant l'action du créancier, réclamer du débiteur plus qu'elle n'a elle-même payé au créancier. Pour les autres indemnités auxquelles elle peut avoir droit, elle doit exercer son action personnelle.

M. Baudry-Lacantinerie (n° 1116) et quelques autres auteurs enseignent que la caution qui a payé une partie de la dette peut user de la subrogation légale en concours avec le créancier, agissant pour la partie encore due. Cette solution est controversée, et je la crois condamnée, et par l'article 1157, au sujet de la subrogation, et même par notre article 1950, qui n'accorde la subrogation qu'à la caution qui a payé la dette. Or un paiement partiel n'est pas un paiement de cette dette.

V. Recours de la caution de plusieurs débiteurs solidaires. — L'article 1951 contient la disposition suivante:—

1951. "Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidai-"res d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, "contre chacun d'eux, recours pour la répétition du total de ce "qu'elle a payé" (41).

Il n'y a aucune difficulté quant au principe de l'article 1951. La caution a cautionné chacun des codébiteurs pour le total de la dette, donc elle peut exercer, pour le total, son action récursoire contre chacun d'eux. Ceci est très évident et ne peut donner lieu à aucune difficulté d'application lorsque la caution a cautionné tous les débiteurs avec leur consentement. Quand elle les a tous cautionnés, mais sans leur consentement, je dirai qu'elle a encore un recours pour le total, avec cette réserve, toutefois, qu'elle ne pourra demander à chacun d'eux que ce qu'il aurait été tenu de payer au créancier sans ce cautionnement. Donc si l'un des codébiteurs a obtenu du créancier remise de la solidarité (art. 1114), la caution qui a garanti la dette sans le consentement de ce codébiteur, ne pourra lui réclamer que sa part de cette dette.

---

(41) C'est la copie de l'article 2030 du code français.

Sortant maintenant de l'hypothèse de l'article 1951, il convient de nous demander quel est le recours de la caution qui a cautionné l'un de plusieurs codébiteurs solidaires? Il faut répondre qu'alors la caution n'a pas plus de droits que n'en aurait eus le codébiteur qu'elle a cautionné, si ce dernier avait acquitté la dette. C'est dire qu'elle ne peut réclamer de chacun d'eux que sa part de la dette, sauf son droit de réclamer le tout du codébiteur qu'elle a cautionné, et encore elle peut se trouver arrêtée par les exceptions que les autres codébiteurs auraient pu opposer au codébiteur qu'elle a garanti.

La subrogation légale ajoute-elle quelque chose à ces droits? Elle y ajoute évidemment les garanties dont jouissait le créancier. Mais, dans le cas de la caution qui a cautionné plusieurs codébiteurs solidaires, je ne puis voir que la subrogation légale augmente ses droits. Elle a déjà un recours pour le total quand elle les a cautionnés de leur consentement, mais quand elle s'est obligée sans ce consentement, elle n'acquiert pas, par la subrogation, plus de droits que n'en possédait le créancier, et si l'un des débiteurs a obtenu remise de la solidarité, il pourra opposer cette remise à la caution, comme il aurait pu l'opposer au créancier lui-même.

Et dans l'hypothèse d'une caution qui n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs, elle n'est subrogée, en payant la dette, qu'aux droits du créancier contre le débiteur qu'elle a cautionné (art. 1950). Cette subrogation lui donne bien les droits du créancier contre ce codébiteur, mais non pas contre les autres codébiteurs, et elle ne peut recourir contre ceux-ci que du chef du codébiteur qu'elle a cautionné. Donc, elle ne pourra leur demander que leurs parts dans la dette, sous la réserve de toute exception qu'ils auraient pu opposer à leur codébiteur. La subrogation conventionnelle ne pourrait même pas augmenter ses droits, mais il me semblerait en être autrement si elle avait obtenu du créancier une cession de sa créance contre tous les codébiteurs (42).

---

(42) Sur ces questions, voy. Baudry-Lacantinerie, n°s 1119 et suiv.

VI. La caution qui a cautionné une obligation qui ne lie pas le débiteur, a-t-elle un recours contre ce dernier? — Il s'agit ici, non pas de l'obligation nulle, car alors le cautionnement est lui-même nul, mais de l'obligation purement naturelle et de celle dont le débiteur peut se faire décharger par une exception purement personnelle, par exemple, dans le cas de la minorité (art. 1932).

Je suppose, bien entendu, comme du reste la chose doit se faire, que le contrat de cautionnement est intervenu entre le créancier et la caution seuls. Alors il me paraît évident que, soit en vertu du cautionnement, soit en vertu de la subrogation légale, la caution n'a aucun recours contre le débiteur. En effet, le créancier n'a pas lui-même d'action, ou le débiteur peut faire repousser cette action en invoquant son exception, et alors la subrogation ne donne rien à la caution, et le cautionnement ne saurait non plus donner un recours à la caution, car, à l'égard du débiteur, c'est le fait d'un tiers qui ne peut lui nuire.

Si le débiteur est intervenu à l'acte de cautionnement et l'a agréé, la même objection subsisterait si ce débiteur était alors en état d'incapacité, comme un mineur ou un interdit. Mais si l'obligation est purement naturelle, elle peut servir de base à une obligation civile, et si elle n'est qu'annulable, de telle sorte que le débiteur, en état de capacité d'ailleurs, pourrait la confirmer ou ratifier, on pourrait voir, dans l'intervention du débiteur au cautionnement, soit la création d'une obligation civile à l'égard du créancier, soit au moins une promesse valable d'indemniser la caution, et alors il n'est pas douteux que la caution aurait un recours contre ce débiteur (43).

Dans les autres cas, le cautionnement est valable, mais il ne donne aucune action récursoire à la caution qui a payé. L'obligation de la caution présente tous les caractères d'une obligation principale. Ainsi un père garantit le paiement d'une dette con-

---

(43) Je donnerais, bien entendu, le même effet, quant à la caution, à une convention intervenue entre celle-ci et le débiteur en état de capacité, par lequel ce dernier promettrait de l'indemniser de son cautionnement.

tractée par son fils mineur. Le fils peut se faire libérer de cette dette en établissant lésion, mais le père restera lié, sans qu'il ait aucun recours contre son fils. Il paraît inutile de rechercher dans l'intérêt de qui la caution s'oblige dans un tel cas; il est possible que cela soit dans l'intérêt du créancier, ou dans celui du débiteur, pour lui obtenir des avances qu'on ne voudrait pas lui faire sans ce cautionnement. Ce qu'il importe de constater, c'est que la caution est sans recours (44).

SECTION III. — DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES COFIDÉJUSSEURS.

Dans cette section, comme dans la section précédente, il ne s'agit que du recours de la caution qui a payé la dette. Le législateur suppose que plusieurs cautions ont cautionné un même débiteur pour une même dette, et que l'une d'elles a payé toute la dette, comme elle peut être contrainte à le faire en vertu de l'article 1945. Quel est alors le recours de la caution qui a payé contre ses cofidéjusseurs?

L'article 1955 répond à cette question en ces termes:—

1955. "Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même "débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette "a recours contre les autres cautions chacune pour sa part et por-"tion.

"Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans "l'un des cas énoncés en l'article 1953" (45).

Dans les rapports de caution à caution, la dette se divise et chacune d'elles n'en est tenue que pour sa part. Pour cette raison, celle qui paie a un recours contre les autres pour leurs parts respectives. Ce recours est basé sur l'idée de la gestion d'affaires, aidée probablement de la subrogation légale en vertu de l'article 1156, § 3; dans tous les cas il est expressément donné et limité par la loi à la part de chaque caution.

---

(44) Je suppose, bien entendu, que le créancier n'a pas de recours lui-même contre le débiteur.

(45) C'est la copie de l'art. 2033 C. N.

La caution ne peut recourir contre ses cofidéjusseurs que lorsqu'elle a payé dans l'un des cas de l'article 1953; la loi est formelle, et un paiement volontaire en dehors de ces cas, bien qu'il éteigne la dette, et donne un recours à la caution contre le débiteur, ne lui donne pas un recours contre ses cofidéjusseurs. Mais tous les cas de l'article 1953, même ceux où elle pourrait demander sa décharge, donnent ouverture à son recours (46).

On enseigne qu'un paiement partiel, alors qu'il n'a pas été fait pour la part de la caution dans la dette, peut donner lieu à ce recours (47).

CHAPITRE TROISIEME.—De l'extinction du cautionnement.

On peut envisager l'extinction du cautionnement par voie de conséquence ou par voie principale: par voie de conséquence, car le cautionnement est une obligation accessoire, et l'extinction de l'obligation principale entraînera son extinction; par voie principale, car le cautionnement, comme obligation distincte, peut très bien s'éteindre alors que l'obligation principale continuera à subsister. Il suffira d'énoncer sommairement ce principe, et je me restreindrai aux causes d'extinction indiquées par le code et qui peuvent se rattacher à l'un ou à l'autre de ces modes d'extinction.

I. Disposition générale. — Aux termes de l'article 1956, "l'o-"bligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes "causes que les autres obligations" (1). Il n'est nécessaire de rien ajouter à cette disposition de renvoi. Les causes d'extinction des obligations ont été étudiées ailleurs.

---

(46) Il y a controverse sur ce point. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, nº 1133. Il ne me paraît pas y avoir place à discussion en vue des termes de notre article.

(47) Baudry-Lacantinerie, nº 1135.

(1) C'est la copie textuelle de l'article 2034 du code français.

Des modifications que le créancier a faites à l'obligation principale, sont une cause fréquente de la libération de la caution. Ainsi un arrêt ancien tient que la réduction du salaire d'un commis de banque, sans la participation de ses cautions, a l'effet d'une novation et opère la décharge de ces dernières. *Banque de la Cité* v. *Brown,* 2 L. C. R., 246. Décision analogue: *Ætna Life Insurance Co.* v. *Rooklidge,* 1 L. N., 29.

Dans la cause de *Hénault* v. *Thomas,* 1 R. L., 706, il s'agissait d'une lettre de garantie répondant des avances qu'une maison de commerce ferait à un marchand, et on a jugé que cette lettre cessait de produire effet du moment qu'un des membres de cette maison de commerce se retirait de la société, quand même il y laissât encore son nom; on a aussi décidé que des paiements faits à cette maison de commerce devaient s'imputer sur la dette cautionnée.

Dans la cause de *Ouimet* v. *Marchand,* 5 R. L., 361, il s'agissait du cautionnement d'un shérif, et il fut jugé que la caution était déchargée du moment qu'elle avait payé le montant entier de son cautionnement à des créanciers du shérif qui avaient obtenu jugement contre elle.

Une lettre de garantie en faveur d'une banque ne peut être invoquée contre le garant par une autre banque qui a absorbé la banque à qui cette lettre avait été donnée. *Consolidated Bank of Canada* v. *Merchants Bank of Canada,* 27 L. C. J., 370.

Le juge Curran a jugé que la caution d'un débiteur arrêté sous *capias* était déchargée lorsque le débiteur avait régulièrement fait cession de ses biens et que son bilan n'avait pas été contesté, le débiteur étant alors lui-même libéré du *capias*: *McClary Manufacturing Co.* v. *Morin,* R. J. Q., 14 C. S., 423.

Dans une autre cause, *Société d'Agriculture du comté de Verchères* v. *Robert,* 2 L. N., 51, les directeurs de la société avaient permis à leur employé de se servir des deniers qu'il avait perçus en par lui payant l'intérêt de ces deniers, et le juge Johnson a jugé que les cautions de cet employé se trouvaient libérées.

Dans la cause de *Casey* v. *Janvier,* R. J. Q., 13 C. S., 43, le juge Pagnuelo a jugé que la caution du locataire est déchargée

du jour de l'institution d'une action en résiliation de bail, lorsque cette action a été maintenue, car le jugement rétroagit au jour de l'institution de l'action, et cela malgré que le locataire eût continué d'occuper les lieux loués après la signification de l'action.

Une décision intéressante est celle qui a été rendue par le juge Loranger dans la cause de *Guertin* v. *Molleur,* R. J. Q., 19 C. S., 571. Le savant juge a décidé que la caution, qui a donné un cautionnement pour appel à la cour du Banc de la Reine, est libérée lorsque cette dernière cour a maintenu l'appel, et cela malgré que, plus tard, la cour suprême eût infirmé le jugement de la cour d'appel. Ce jugement, qui s'appuie sur les conditions du cautionnement, a été confirmé en révision: R. J. Q., 21 C. S., 261.

J'ai cité des arrêts où la caution a été libérée. Voici maintenant quelques arrêts qui jugent que le cautionnement n'est pas éteint.

Dans la cause de *Martin* v. *Gault,* 15 L. C. J., 237, cour d'appel, il a été décidé que des acomptes payés sur une dette partiellement garantie par un cautionnement, ne sont pas présumés être en décharge de la partie cautionnée.

Dans la cause de *Rogers* v. *Morris,* 13 L. C. J., 20, le juge Torrance a jugé qu'un règlement de comptes entre le créancier et le débiteur, et le fait que le créancier aurait accepté un billet pour le montant restant dû, ne déchargeaient pas la caution, vu qu'il n'y avait pas eu novation.

Le juge Jetté a décidé, dans la cause de *Kerr* v. *Hadrill,* 10 R. L., 192, que la caution du locataire pour le paiement du loyer en vertu d'un bail à échéance fixe, demeure obligée au loyer pendant la tacite reconduction, sans nouvelle obligation de sa part. J'avoue que cette décision me paraît très discutable, étant donnés les termes de l'article 1935.

Lorsque des créanciers acceptent une composition de leur débiteur, non pas avec l'intention de lui abandonner une partie de leurs créances, mais parce qu'ils ne peuvent obtenir davantage, la caution solidaire n'est pas déchargée: *Leclaire* v. *Forest,* M. L. R., 1 S. C., 113.

II. La confusion. — Il est clair que le cautionnement s'éteint par la confusion qui s'opère entre le créancier et la caution, comme par celle qui survient entre le créancier et le débiteur. L'article 1957 que je vais citer prévoit une autre hypothèse. Voici cette disposition qui reproduit l'article 2035 du code Napoléon.

1957. "La confusion qui s'opère dans la personne du débi-"teur principal et de sa caution, lorsque l'un devient héritier de "l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui "s'est rendu caution de la caution."

Cela est de toute évidence, car la confusion n'éteint que les droits dont elle rend l'exercice impossible (2).

III. Exceptions que la caution peut opposer au créancier.— L'article 1958, corollaire de l'article 1932, se lit comme suit:—

1958. "La caution peut opposer au créancier toutes les ex-"ceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont "inhérentes à la dette; mais elle ne peut opposer les exceptions "qui sont purement personnelles au débiteur" (3).

Je puis renvoyer, pour l'explication de cette disposition, à ce que j'ai dit de l'article 1932, *supra*, p. 340.

IV. Impossibilité où le créancier se trouve, par son fait, de subroger la caution en ses droits et actions contre le débiteur.

Cette cause d'extinction est particulière au cautionnement (4) ; elle est d'ailleurs de la plus haute importance et doit être bien entendue.

L'article 1959, reproduction textuelle de l'article 2037 du code Napoléon, pose en ces termes la règle qui régit la matière.

1959. "La caution est déchargée lorsque la subrogation aux "droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par "le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution."

---

(2) Baudry-Lacantinerie, n° 1162.

(3) Notre article est la copie textuelle de l'article 2036 du code français.

(4) Le tiers détenteur, poursuivi sur action hypothécaire, peut se servir d'une exception analogue (art. 2071).

Nous avons vu que la caution, qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur (art. 1950). C'est le devoir du créancier de conserver ces droits afin de les transmettre à la caution qui le paie. Si, par son fait, cette subrogation est impossible, la caution peut demander sa décharge. Voilà la raison d'être de l'article 1959.

L'article 1959 s'applique lorsque, soit par un fait positif, soit par une négligence du créancier, la subrogation à ses droits ne peut se faire en faveur de la caution, et que celle-ci en éprouve préjudice.

Sommairement, je puis dire que le créancier perdra ses droits contre la caution, lorsqu'il a diminué les sûretés attachées à sa créance, quand il a, par exemple, donné mainlevée d'une hypothèque, laissé perdre un droit de gage, déchargé une autre caution, négligé d'effectuer ou de renouveler un enregistrement, laissé vendre des biens affectés à son privilège sans revendiquer ce privilège, donné à d'autres créanciers priorité d'hypothèque, etc., etc. D'ailleurs, il s'agit, dans l'application de l'article 1959, non seulement des garanties qui existaient lors du cautionnement, mais de celles que le créancier a obtenues depuis, car la caution a droit d'être subrogée à tous les droits, privilèges et hypothèques du créancier.

On peut indiquer, comme ne donnant pas lieu à l'application de l'article 1959, le fait de mettre le débiteur en faillite, la négligence de le poursuivre, ou de produire une réclamation à sa faillite, le fait de lui accorder une prorogation de terme, actes qui d'ailleurs ne causent aucun préjudice à la caution qui peut alors exercer son recours anticipé contre le débiteur (art. 1953).

Une autre condition essentielle pour que la caution puisse demander sa décharge, c'est l'existence d'un préjudice, et ce n'est que jusqu'à concurrence du montant de ce préjudice qu'elle peut l'exiger. Si le créancier a diminué ses sûretés jusqu'à concurrence de la moitié de la créance, il conservera son recours pour l'autre moitié.

La caution—qui pourrait être privée de ce droit par une clause spéciale du contrat—doit invoquer le bénéfice de l'article 1959;

elle l'invoque par une exception, qu'on appelle ordinairement l'exception *cedendarum actionum,* ou exception de subrogation. Peut-elle, sans attendre d'être poursuivie, demander par action sa décharge? La question est controversée. Je ne vois pas pour quelle raison elle ne pourrait pas demander sa décharge, sans avoir à attendre une action de la part du créancier. On objecte que c'est là une action *in futurum.* Cette objection me paraît sans portée; je crois qu'il ne s'agit que d'une simple action déclaratoire, comme toute action demandant l'annulation d'une obligation ou la constatation de sa nullité, et cette action se base sur un état de choses existant (5).

Enfin, disons que toute caution quelconque, légale, judiciaire, ou conventionnelle, solidaire ou non, peut invoquer ce bénéfice, car l'article 1959 ne distingue pas.

Mais, ajoutons, avec l'article 1961, que "la simple prorogation "de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne dé- "charge point la caution; celle qui s'est obligée du consente- "ment du débiteur peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour "le forcer au paiement" (6).

Si la prorogation de délai est accompagnée de la renonciation à des sûretés, ou entraîne une novation, il y aura ouverture à l'exception de subrogation (7).

Il convient d'ajouter que les codificateurs, dans leurs remarques sur cet article, expriment l'opinion que la caution qui s'est obligée sans le consentement du débiteur, ou à son insu, est déchargée lorsque le créancier accorde au débiteur une prorogation de délai, cette prorogation changeant les termes du cautionnement, et la caution ne pouvant forcer le débiteur, qui n'a pas

(5) Guillouard, n° 242; *contrà*, Baudry-Lacantinerie, n° 1180.

(6) Sauf que notre article accorde à la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur, le droit de poursuivre ce dernier, lorsque le créancier proroge le délai, tandis que l'article 2039 C. N. confère cette faculté à toute caution quelconque, les deux dispositions sont identiques. Nous verrons que la position de la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur est bien plus avantageuse dans notre droit.

(7) Baudry-Lacantinerie, n° 1192.

contracté avec elle, de payer avant l'expiration du nouveau délai qu'il obtient du créancier. Je cite leur rapport: "Les commis-"saires sont d'avis que la règle (celle de l'article 1961) n'est ap-"plicable qu'à cette dernière (la caution qui a cautionné du con-"sentement du débiteur); que quant à l'autre (celle qui s'est "obligée à l'insu du débiteur), qui n'a contracté qu'avec le créan-"cier, elle peut bien, à l'égard de celui-ci, être déchargée d'un "cautionnement, dont les termes ne peuvent être changés sans "son gré, mais qu'il serait absurde d'accorder à cette caution une "action pour forcer le débiteur, avec lequel elle n'a rien de com-"mun, de payer avant le délai que lui avait accordé le créancier "avec lequel seul il a contracté; aussi notre article ne parle que "de la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur; "c'est celle-là qui n'est pas déchargée par la prolongation du ter-"me accordé au débiteur, par la raison qu'elle a droit de le forcer "au paiement à l'époque convenue originairement. Le même "droit n'appartient pas à la caution qui s'est obligée à l'insu du "débiteur; il suit que dans les mêmes circonstances elle doit être "déchargée; c'est ce qui, d'après la règle *inclusio unius fit exclu-"sio alterius,* doit s'inférer de notre article, dans lequel le cas de "cette espèce de caution est entièrement omis, tandis qu'il est "pourvu à celui de l'autre" (8).

Nous avons une abondante jurisprudence sur l'application des articles 1959 et 1961.

Parlons d'abord de l'article 1959.

Dans une cause de *Béliveau* v. *Morelle,* 16 L. C. R., 460, le juge Polette a décidé que la caution solidaire peut, comme la caution simple, réclamer le bénéfice de l'article 1959, que le fait du

(8) La version anglaise de l'article 1961 rend cette solution certaine. Elle est en ces termes:—

1961. "The surety who has become bound with the consent of the "debtor is not discharged by the delay given to such debtor by the "creditor. He may in the case of such delay sue the debtor in order "to compel him to pay."

La cour d'appel, dans la cause de *Friedman* v. *Caldwell,* citée *infra,* p. 386, a déclaré que la version anglaise de notre article seule énonce la doctrine de notre droit sur cette question.

créancier peut être un fait d'omission comme un fait de commission, et que, partant, la négligence du créancier de faire enregistrer son hypothèque contre le débiteur libère la caution.

Tel est aussi l'effet du défaut, par le créancier, de renouveler l'enregistrement de son hypothèque, après le dépôt du plan et des livres de renvoi officiels: *Vézina* v. *Bernier,* 7 Q. L. R., 310.

Le défaut de signification du transport d'une créance garantie par un cautionnement, est aussi une cause de libération pour la caution: *Dorion* v. *Doutre,* cour d'appel, 15 L. C. R., 110.

L'endosseur de billets de composition n'est pas libéré par le fait que quelques créanciers auraient, par un traité secret avec le débiteur, reçu plus que le montant de la composition, mais il a droit d'imputer sur le montant des billets les sommes que le débiteur a ainsi payées en sus du montant de la composition: *Arpin* v. *Poulin,* cour d'appel, 22 L. C. J., 331; *Martin* v. *Poulin,* cour d'appel, 1 D. C. A., 75. Voy. aussi *Marchand* v. *Wilkes,* 3 L. N., 318.

Dans la cause de *The Merchants Bank of Canada* v. *Macdonald,* 26 L. C. J., 218, la banque, porteur de plusieurs billets, avait déchargé le premier endosseur, en considération du paiement d'une composition, tout en réservant son recours contre les endosseurs subséquents et sans garantir le premier endosseur contre des réclamations que les endosseurs subséquents feraient contre lui. Dans ces circonstances, il fut jugé que les endosseurs subséquents n'étaient pas libérés.

La remise volontaire que le créancier fait de la dette au débiteur principal, opère la décharge de la caution: *Ménard* v. *Gravel,* cour d'appel, 30 L. C. J., 275. Il ne pouvait y avoir doute sur cttte conséquence de la remise de la dette.

Dans la cause de *McMaster* v. *Hannah,* M. L. R., 3 S. C., 459, le créancier avait renoncé à sa collocation par privilège pour ses frais, et le juge Tait décida que la caution, qui avait donné un cautionnement aux fins d'un appel du jugement, était libérée jusqu'à concurrence du montant auquel le créancier avait renoncé.

Nos tribunaux ont fait une application intéressante du prin-

cipe de l'article 1959 dans la cause de *Wurtele* v. *The Trust and Loan Company of Canada*, cour d'appel, R. J. Q., 13 B. R., 329, cour suprême, 35 Supreme Court Repts, 663.

J. W. L. Wurtele avait emprunté de la compagnie, The Trust and Loan Company of Canada, la somme de $7,500, et plus tard il emprunta, de la même compagnie, une somme de $2,500, consentant, en chaque cas, une hypothèque, et transportant à la compagnie deux polices d'assurance sur sa vie, pour le montant de chaque emprunt. J. S. C. Wurtele et E. F. Wurtele intervinrent aux actes d'obligation, comme cautions solidaires du débiteur, et ils transportèrent au prêteur, à titre d'antichrèse, pour garantir le paiement des sommes empruntées, intérêts et accessoires, ainsi que des primes d'assurance, les rentes seigneuriales d'une certaine seigneurie que l'une des cautions détenait comme grevé de substitution, avec charge de rendre à l'autre caution. Il fut convenu que l'agent de la seigneurie demeurerait en fonctions jusqu'au remboursement du prêt, avec intérêts et accessoires, et des primes d'assurance, le prêteur pouvant en tout temps le révoquer, s'il faisait défaut de payer, à même les rentes seigneuriales, tout versement d'intérêts, ou si le capital ou toute prime d'assurance que le prêteur pouvait payer n'était pas remboursé. Il fut également stipulé que le prêteur ne répondrait pas des actes de l'agent. Le prêteur paya les primes sur la première police d'assurance, avec des sommes fournies par l'emprunteur d'abord, et ensuite de ses propres fonds, se faisant rembourser au moyen des rentes seigneuriales. Mais il négligea de payer la prime d'assurance sur la deuxième police, et l'emprunteur étant décédé, cette police se trouva périmée.

Le prêteur ayant poursuivi les cautions en remboursement du prêt, la cour d'appel jugea (infirmant le jugement du juge Pagnuelo) que le prêteur, ne pouvant subroger les cautions dans ses droits à la deuxième police d'assurance, dont il n'avait pas payé les primes, malgré que les cautions lui eussent fourni, par le nantissement des rentes seigneuriales, le moyen de se faire rembourser les primes qu'il aurait payées, ces cautions se trouvaient déchargées à son égard, jusqu'à concurrence du montant

de la police d'assurance qui s'était ainsi trouvée périmée; que l'application du principe de l'article 1959 n'était pas affectée, dans l'espèce, par le fait que l'agent avait, du consentement du prêteur, continué à percevoir les rentes seigneuriales, ou que le nantissement des rentes, du consentement du prêteur et des cautions, n'avait pas été signifié aux censitaires. Ce jugement fut confirmé par la cour suprême.

Parlons maintenant de l'article 1961.

La simple négligence du créancier de poursuivre le débiteur n'est pas une cause de libération pour la caution: *Berthelot* v. *Aylwin*, 2 R. de L., 13. Au même effet, *Meikle* v. *Dorion*, R. J. Q., 1 C. S., 72.

Remarquons, toutefois, que la cour de revision a jugé, dans la cause de *Boisvert* v. *Augé*, R. J. Q., 2 C. S., 177, que le cessionnaire d'une créance avec garantie de fournir et faire valoir perd son recours contre le cédant, s'il retarde plusieurs années à en poursuivre le recouvrement contre le débiteur, si ce retard est cause de la perte de la créance, à moins qu'il ne soit établi que le débiteur n'était plus solvable à l'époque du transport ou de l'échéance de la créance.

Dans la cause de la *Banque du Peuple* v. *Pacaud*, R. J. Q., 2 B. R., 424, la cour d'appel a jugé qu'une banque qui, en escomptant un billet, reçoit d'un tiers une valeur en gage, comme garantie accessoire de paiement, sous la condition qu'elle usera de diligence pour recouvrer le montant du billet du faiseur et des endosseurs, avant d'encaisser la valeur, donne ouverture à cette condition en acceptant un renouvellement du billet et en traitant avec un des endosseurs en vue de sa libération moyennant un paiement partiel, lui donnant ainsi un moyen de contestation de l'action qu'elle a contre lui; et que le tiers propriétaire de la valeur mise en gage est dès lors fondé à en poursuivre le recouvrement de la banque.

Les causes de *Brush* v. *Molsons Bank*, cour d'appel, R. J. Q., 3 B. R., 12, et de *Friedman* v. *Caldwell*, cour d'appel, R. J. Q., 3 B. R., 200, sont des arrêts d'espèce sur des lettres de garantie, auxquels il suffira de renvoyer le lecteur. Il est important de

noter, toutefois, que le dernier arrêt juge que la caution qui s'oblige, sans le consentement du débiteur principal, est libérée par la prorogation du terme accordé par le créancier à ce débiteur, et que la version anglaise de l'article 1961 seule énonce la doctrine de notre droit sur ce sujet (9).

Avant de terminer cette revue de la jurisprudence, je dois dire qu'il y a contrariété de décisions sur la question de savoir si le fait d'accorder du délai au faiseur ou premier endosseur d'un billet, libère les autres endosseurs. L'affirmative a été jugée dans les causes de *Desrosiers* v. *Guerin,* 21 L. C. J., 96, et de *Pelletier* v. *Brosseau,* M. L. R., 6 C. S., 331, et la négative dans les causes de *Massue* v. *Crébassa,* 7 L. C. J., 211 et de *Guy* v. *Paré,* R. J. Q., 1 C. S., 443.

Dans la cause de *Banque Ville-Marie* v. *Mallette,* R. J. Q., 1 C. S., 443, le juge Gill a jugé que la règle de droit posée par l'article 1961 ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de billets; que c'est au contraire la règle du droit anglais qu'on doit suivre, et que d'après cette dernière règle le délai accordé au faiseur d'un billet libère l'endosseur qui n'a pas consenti à ce délai. Ce jugement fut infirmé, sur une question de preuve, par la cour d'appel qui ne s'est pas prononcée sur ce point. 33 L. C. J., 8.

V. Dation en paiement. — Il y a une dernière cause d'extinction du cautionnement; c'est la dation en paiement acceptée par le créancier. Je cite l'article 1960 qui, comme tant d'autres de ce titre, est copié textuellement du code Napoléon (art. 2038).

1960. "L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un "immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette "principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne "à en être évincé."

On suppose que le créancier accepte volontairement la chose donnée en paiement de sa créance. Par cette acceptation, il

(9) Voy. les remarques des codificateurs rapportées plus haut, p. 383.

éteint sa créance, et le cautionnement disparaît, étant l'accessoire de cette créance. L'éviction subséquente donnera ouverture en faveur du créancier à une action en garantie, mais ne fera pas revivre la créance ni le cautionnement.

Le créancier peut-il, en acceptant la chose qui lui est donnée en paiement, réserver ses droits contre la caution au cas d'éviction?

La question est controversée. Il me semble qu'une acceptation conditionnelle n'est pas l'acceptation volontaire dont parle notre article. Si la réserve ne portait que sur le recours contre la caution, il y aurait peut-être moins de difficulté, mais s'il est stipulé que la créance elle-même revivrait, il semble qu'elle devrait revivre avec ses accessoires. D'ailleurs, comment peut-on se baser sur l'article 1960 pour prétendre que la caution est déchargée, quand les conditions prévues par cet article, qui suppose une acceptation pure et simple, n'ont pas été remplies? La situation de la caution sera peut-être difficile, mais encore une fois elle ne se trouve pas dans les conditions prévues par l'article 1960 (10).

CHAPITRE QUATRIEME. — De la caution légale et de la caution judiciaire.

Nous avons vu qu'il y a trois espèces de cautionnement: le cautionnement conventionnel, le cautionnement légal, et le cautionnement judiciaire. Il ne sera plus nécessaire de parler de la première espèce, mais nous aurons à nous occuper des deux autres cautionnements, lesquels, à moins d'exception expresse, sont régis par les règles générales de ce titre, comme ils le sont indubitablement par les règles spéciales énoncées en ce chapitre.

I. Définition. — D'après l'article 1930, que j'ai cité plus haut, le cautionnement légal est celui qui est "ordonné par la

(10) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 1151.

loi", le cautionnement judiciaire, celui qui est ordonné "par jugement" (1).

II. Distinction entre le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire. — La distinction entre le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire paraît à première vue, d'après cette définition, assez facile à tracer. Pourtant, elle est d'une très grande difficulté pratique, et la définition de l'article 1930, quand on l'examine de près, n'est pas à l'abri de toute critique. Il va sans dire que cette distinction est d'une grande importance, car la caution judiciaire est contraignable par corps, elle est privée du bénéfice de discussion, tandis que la caution légale n'est pas sujette à cette contrainte et jouit de ce bénéfice. Ajoutons que le cautionnement judiciaire donne lieu à l'hypothèque judiciaire. Pour cette raison il importe de distinguer l'une de l'autre.

Il est clair que le cautionnement donné, par exemple, par l'usufruitier, par un officier public, est un cautionnement légal, comme il est également évident que le cautionnement donné sur l'ordre d'un tribunal, par exemple par celui qui demande l'émanation d'un bref d'injonction intérimaire ou interlocutoire, est un cautionnement judiciaire.

Ajoutons que le seul fait que le cautionnement est donné en exécution d'un jugement ne suffit pas pour que ce cautionnement soit regardé comme un cautionnement judiciaire. Ainsi, lorsque, par une convention, il est stipulé que l'une des parties donnera caution à l'autre, le créancier de cette obligation peut obtenir un jugement ordonnant au débiteur de fournir ce cautionnement, mais la caution donnée en exécution de ce jugement sera une caution conventionnelle et non pas une caution judiciaire. De même, dans les cas où une caution légale est requise, il est indifférent qu'un jugement ordonne à la partie d'accomplir l'obligation que lui impose la loi, car le cautionnement demeurera toujours un cautionnement légal.

---

(1) Le texte anglais de l'article 1930 dit: "by judicial authority", ce qui n'est pas une différence, car l'autorité judiciaire ne parle que par ses jugements.

D'un autre côté, l'autorité judiciaire ne peut, en l'absence d'une loi qui l'autorise, ordonner un cautionnement, de sorte qu'en dernière analyse on peut dire que le cautionnement, soit légal ou judiciaire, est toujours ordonné par la loi.

L'article 1930 aurait fait disparaître toute difficulté, s'il avait dit que le cautionnement judiciaire est celui qui est donné au cours d'une procédure judiciaire, car, au fond, telle a probablement été la pensée du législateur. Mais les codificateurs se sont servis de l'expression de Pothier (2) et ne paraissent pas avoir prévu la difficulté à laquelle ces expressions peuvent donner naissance.

La question présente de l'intérêt surtout à l'égard du cautionnement que doit donner celui qui interjette appel à la cour du Banc du Roi. Ce cautionnement est ordonné par la loi (l'art. 1214 C. P. C.) et non pas par un jugement, et pourtant on décide dans notre jurisprudence que c'est un cautionnement judiciaire (3).

---

(2) N° 386. Il dit que "les cautions judiciaires sont celles qui "sont ordonnées par le juge; comme lorsque le juge ordonne qu'une "personne touchera par provision une somme, en donnant caution de "la rapporter, s'il est dit que faire se doive."

(3) Voy. la décision de la cour de revision dans la cause de *Riendeau* v. *Campbell*, R. J. Q., 3 C. S., 393, et les arrêts qui y sont cités. Le juge Davidson, qui avait parlé au nom de la cour de revision dans la cause de *Riendeau* v. *Campbell*, a de nouveau décidé que la caution donnée en cas d'appel d'un jugement, est une caution judiciaire: *Burland* v. *Lamoureux*, R. J. Q., 25 C. S., 98. Une lecture attentive de ces deux jugements me laisse l'impression que le savant juge trouvait le problème presque insoluble, étant donnés les textes cités, et qu'il préférait, dans ces circonstances, suivre la jurisprudence. Il cite l'argument de M. Ramsay, dans la cause de *Winning* v. *Leblanc*, 14 L. C. J., 218, où il est dit que le cautionnement volontairement donné en justice est judiciaire, parce que ce cautionnement n'est accepté par l'autorité judiciaire que parce qu'elle est satisfaite de la suffisance des cautions, et que dès lors la cour est censée ordonner que ces cautions, ainsi approuvées par elle, seront acceptées. L'argument est ingénieux et pourtant je suis bien de l'avis du juge Davidson quand il dit, dans la cause de *Burland* v. *Lamoureux*: "the sub-

Si je puis tenter une solution, je dirais que le cautionnement donné au cours d'une procédure judiciaire, comme partie de cette procédure (et j'exclurais le cautionnement purement conventionnel ou légal fourni à la suite d'une condamnation ou en réponse à la demande d'un tel cautionnement), est un cautionnement judiciaire, et qu'un cautionnement donné en obéissance à une loi qui prescrit tel cautionnement (et cela qu'on ait intenté ou non une action pour forcer la partie qui y est tenue de le fournir) est un cautionnement légal. Je crois que telle a été la pensée du législateur, mais les expressions dont il s'est servi sont assez équivoques.

Outre le cautionnement pour les fins d'un appel, on décide que sont des cautionnements judiciaires:

Le cautionnement donné par un individu arrêté sous capias: *Belle* v. *Côté,* Beaudry, J., 13 L. C. J., 26; *Winning* v. *Leblanc,* Mondelet, J., 14 L. C. J., 298;

Le cautionnement donné en faveur d'un huissier (4): *Ouimet* v. *Lafond,* 5 R. L., 184.

Il me reste à indiquer les règles spéciales qui s'appliquent aux cautions légales et aux cautions judiciaires.

III. Qualités de la caution. — L'article 1962, qui est une disposition de renvoi, se lit comme suit:—

1962. "Toutes les fois qu'une personne est obligée par la loi "ou par une condamnation à fournir caution, elle doit remplir "les conditions prescrites par les articles 1938, 1939, 1940.

"Lorsqu'il s'agit d'une caution judiciaire, la personne offerte "comme caution doit en outre être susceptible de la contrainte "par corps" (5).

"ject is capable of embarrassing argument and may excite still fur-"ther controversy." L'argument le plus solide qu'on ait invoqué, bien qu'il ne soit pas le plus satisfaisant, c'est probablement celui de la jurisprudence.

(4) Cela me paraît décidément forcer la note.

(5) Cette disposition est au même effet que l'article 2040 C. N.

J'ai expliqué plus haut les articles auxquels l'article 1962 renvoie.

Les articles 833, 834 et 835 C. P. C., déterminent les personnes qui sont contraignables par corps; c'est là une question de procédure qui n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage (6)

IV. Droit de donner un nantissement au lieu d'un cautionnement. — La caution n'est pas toujours facile à trouver, surtout la caution judiciaire qui s'expose à la contrainte par corps. L'article 1963 porte que "celui qui ne peut trouver de caution "est reçu à donner à la place, en nantissement, un gage suffi- "sant" (7).

C'est ordinairement une somme d'argent que l'on consigne quand il s'agit d'un cautionnement judiciaire. La question de savoir si l'on peut donner une hypothèque au lieu d'un gage, est controversée en France (8), mais l'affirmative a été jugée dans notre jurisprudence (9). On est même allé plus loin dans une espèce, et on a jugé que lorsque la partie, qui a droit à un

---

(6) Je puis dire d'une manière sommaire que dans la cause de *Burland* v. *Lamoureux*, citée plus haut, le juge Davidson a jugé que la caution judiciaire ne jouit d'aucun privilège d'âge qui l'exempte de la contrainte par corps. De fait, il résulte de l'art. 835 C. P. C. qu'en matière de contrainte par corps, c'est-à-dire dans les cas où cette contrainte peut être ordonnée (ce sont les cas énumérés aux articles 833 et 834 C. P. C.), personne n'est exempt. Mais, bien entendu, il ne peut être question de contrainte par corps contre les corporations que leur charte autorise à agir comme cautions judiciaires. Il a aussi été jugé dans la même cause, que les procédures en contrainte pouvaient être prises contre la caution en défaut, sans que le créancier soit tenu de faire la discussion préalable des biens meubles ou immeubles de cette caution.

(7) C'est, sauf la correction d'une erreur de rédaction, la copie de l'article 2041 C. N.

(8) Comp. Baudry-Lacantinerie, nº 992.

(9) *O'Brien* v. *McLynn*, Papineau, J., 3 L. N., 143; *Pangman* v. *Pauzé*, Loranger, J., 27 L. C. J., 147. Le contraire a été décidé par le juge Berthelot, dans la cause de *The Canadian Copper Pyrites Co.* v. *Shaw*, 19 L. C. J., 99.

tionnement pour frais, a en sa possession des biens appartenant à la partie adverse suffisants pour garantir ses frais, cette possession doit tenir lieu du cautionnement. *Boyer* v. *Judah,* cour d'appel, M. L. R., 3 Q. B., 320.

J'ai cité, *supra,* p. 355 (notes 10 et 11), les articles 1964 et 1965 qui refusent à la caution judiciaire et à sa caution le bénéfice de discussion. La caution légale, n'étant pas mentionnée ici, jouit de ce bénéfice, et la caution légale et la caution judiciaire peuvent, toutes deux, réclamer le bénéfice de division.

TITRE SEIZIÈME

DU CONTRAT DE NANTISSEMENT.

I. Généralités.—Dans le titre *Du cautionnement,* il a été question de la *sûreté personnelle* qu'un débiteur donne à son créancier pour assurer le paiement de sa dette. C'est l'intervention d'une personne qui s'oblige à payer la dette si le débiteur ne l'acquitte point. Il sera question maintenant de la *sûreté réelle,* c'est-à-dire du droit accessoire que le créancier obtient, non pas à l'égard d'une personne, mais sur une chose qui est affectée au paiement de la créance. Cette chose, du reste, peut être fournie par le débiteur ou par un tiers. Lorsque la chose est donnée par le débiteur, le contrat a l'effet, non pas seulement d'autoriser le créancier à faire saisir et vendre cette chose—il possède ce droit à l'égard de tout le patrinoime du débiteur sans convention spéciale—mais de permettre au créancier de se faire payer, sur le produit de la vente de cette chose, par préférence à d'autres créanciers du débiteur. Quand, au contraire, la chose est fournie par un tiers non tenu de la dette, ce tiers ne s'engage pas personnellement, il n'est obligé que *propter rem.*

Les sûretés réelles comprennent le *nantissement* et les *privilèges et hypothèques.* C'est le nantissement qui forme l'objet de ce titre.

II. Définition. — L'article 1966 définit le nantissement en ces termes:—

1966. "Le nantissement est un contrat par lequel une chose "est mise entre les mains du créancier, ou, étant déjà entre ses "mains, est par lui retenue, du consentement du propriétaire, "pour sûreté de la dette.

"La chose peut être donnée soit par le débiteur ou par un tiers "en sa faveur" (1).

La première observation que cet article suggère, c'est que le contrat de nantissement est un contrat *réel,* c'est-à-dire qu'il faut plus que le consentement des parties; la tradition de la chose nantie est absolument requise. Jusqu'à ce que cette tradition soit effectuée, il y aura bien promesse de nantissement, mais le nantissement lui-même n'existera pas (2).

En cela, le nantissement se distingue de l'hypothèque, car celui qui hypothèque un immeuble en conserve la possession.

Une autre observation essentielle, c'est que le nantissement est un contrat *unilatéral* et *accessoire.* Il est *unilatéral,* parce que seul le créancier s'oblige et il ne contracte qu'une seule obligation, celle de restituer la chose lorsque la dette a été payée et partant d'apporter à sa conservation les soins d'un bon père de famille. Il est *accessoire,* car il suppose l'existence d'une obligation principale valable, d'où la conséquence que la nullité de cette obligation principale entraînera la nullité du nantissement.

Notre article ajoute que la chose nantie peut être donnée soit par le débiteur soit par un tiers en sa faveur. J'ai expliqué que, dans la seconde hypothèse, le tiers ne s'oblige que *propter rem.* Du reste, il est clair que ce tiers ne jouit pas, comme la caution, de l'exception de discussion.

Enfin disons que le nantissement peut avoir pour objet un *meuble* ou un *immeuble.* Au premier cas il s'appelle *gage,* au second *antichrèse.* Il est question de ces deux divisions du nantissement dans les chapitres qui vont suivre.

Nous trouvons une disposition de renvoi à l'article 1966a, ajouté au code par l'article 5823 S. R. P. Q.

---

(1) Cette définition est bien plus complète que celle de l'article 2071 du code français qui se contente de dire que "le nantissement "est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créan-"cier pour sûreté de la dette." Il n'y a aucun doute, cependant, que notre définition du nantissement serait exacte dans le droit français.

(2) Dans la cause *The Canada Paper Co. v. Carey,* 4 Q. L. R., 323, le juge Casault a jugé que la promesse de nantissement sur des effets déterminés, autorise le créancier à revendiquer ces effets du débiteur. Cet arrêt a été confirmé en appel (10 R. L., 501).

1966*a*. "Les articles 1488, 1489 et 2268 s'appliquent au con-"trat de nantissement."

Il s'agit des articles qui se rapportent à la vente de la chose d'autrui et des cas où cette vente est valable. J'ai expliqué ces dispositions ailleurs. Je puis ajouter que cette assimilation législative du nantissement à la vente écarte la décision de la chambre des lords dans la cause de *The City Bank* v. *Barrow* (5 App. Cas., 664), où il s'agissait d'un contrat de nantissement consenti en la province de Québec et partant régi par nos lois. Dans cette cause la chambre des lords avait jugé que le pouvoir de vendre une chose ne comporte pas celui de la donner en gage. Ce principe peut être exact en matière de mandat, car le mandat de vendre ne comprend pas le mandat de nantir, à moins que le contraire ne soit exprimé. Mais, par suite de l'assimilation du nantissement à la vente, la capacité de vendre comporte capacité de donner en gage, et si le possesseur d'une chose peut la vendre il faut conclure qu'il pourra la nantir.

CHAPITRE PREMIER.—Du nantissement des immeubles.

I. Définition et nature du contrat.—J'ai dit que le nantissement des immeubles est connu, dans le langage juridique, sous le nom d'*antichrèse,* mot qui vient du grec, et qui signifie *contre-jouissance*. Notre code ne lui consacre qu'un seul article, preuve que ce contrat n'est guère usité dans la pratique. Le projet du code français n'en parlait pas, mais à la demande des tribunaux du midi, où on avait assez fréquemment recours à l'antichrèse, les rédacteurs du code Napoléon ont consenti à la réglementer et lui ont consacré sept articles. Je crois que quelques explications sommaires suffiront, vu surtout que les mêmes règles régissent le nantissement des immeubles et celui des meubles. Nous pouvons donc définir l'antichrèse un contrat par lequel un débiteur transporte à son créancier un immeuble avec droit d'en percevoir les fruits jusqu'au paiement de sa dette.

L'article 1967, le seul qui s'occupe de l'antichrèse, se lit comme suit:

1967. "Les immeubles peuvent être donnés en nantissement "aux termes et conditions convenus entre les parties. En l'ab-"sence de conventions spéciales, les fruits s'imputent d'abord en "paiement des intérêts de la dette et ensuite sur le principal. Si "la dette ne porte pas intérêt, l'imputation se fait en entier sur "le principal.

"Le nantissement des immeubles est sujet aux règles conte-"nues dans le chapitre qui suit, en autant que ces règles peuvent "y être applicables" (1).

Donc la première chose à consulter, ce sont les termes et conditions du contrat. En l'absence de stipulation contraire, l'article 1967 indique comment l'imputation des fruits doit se faire, et il pose une règle semblable à celle de l'article 1974 quant à la constitution de gage sur une créance productive d'intérêts(2).

Du reste, puisqu'il y a nantissement, il s'ensuit que le contrat d'antichrèse est un contrat réel qui ne reçoit sa perfection que lorsque l'immeuble est livré au créancier. Il peut y avoir promesse d'antichrèse, mais le contrat n'existera lui-même qu'à compter de la livraison. Je crois que, comme dans le cas du gage, l'immeuble pourrait être mis en la possession d'un tiers convenu entre les parties.

Il va sans dire que ceux-là seuls peuvent faire un contrat d'an-

---

(1) On ne peut comparer cette disposition qu'au deuxième alinéa de l'article 2085 du code français, qui établit la même règle d'imputation. Le premier alinéa de cet article porte que l'antichrèse ne s'établit que par écrit, exigence qui n'a pas sa raison d'être. Enfin, le code Napoléon trace des règles spéciales quant à l'antichrèse, tandis que notre article renvoie aux règles qui régissent le gage.

(2) Dans la cause d'*Eglauch* v. *Labadie* (R. J. Q., 21 C. S., 481), le juge Langelier a décidé que lorsqu'il est dit dans un acte d'obligation qu'un immeuble est transporté au créancier à titre de garantie, on doit présumer, en l'absence d'une convention claire et précise au contraire, que les parties ont seulement voulu faire un contrat de nantissement. Le savant juge a appliqué, dans l'espèce, les règles de l'antichrèse.

tichrèse qui jouissent du droit de disposition. D'ailleurs, l'usufruitier comme le propriétaire peuvent consentir l'antichrèse, mais dans le cas de l'usufruitier, l'antichrèse—qui n'est qu'une cession de la jouissance—prend fin avec l'usufruit. On enseigne que le mari administrateur des biens de sa femme peut les donner à titre d'antichrèse (3).

II. Application des règles du gage à l'antichrèse.—Droits du créancier antichrésiste. — Au reste, comme le dit l'article 1967, l'antichrèse est régie par les mêmes règles que le gage, en tant que ces règles peuvent s'y appliquer. Il sera utile de repasser ces règles afin d'écarter celles qui ne peuvent être invoquées.

La première constatation, et la plus importante, c'est qu'alors que le gage donne au créancier un droit de privilège (art. 1969, 1994 et 2001), il n'en est pas de même de l'antichrèse. Ce contrat, malgré qu'il confère à l'antichrésiste un droit de rétention, ne lui donne pas un privilège sur le prix de vente de l'immeuble. Il suffit, pour le démontrer, de citer l'article 2009 où l'antichrèse, pas plus que le droit de rétention, ne sont pas mentionnés parmi les privilèges sur les immeubles. Il en est de même en France (4).

Il peut y avoir difficulté quant aux clauses autorisant le créancier à disposer de l'immeuble ou de le garder en paiement. En France, ces clauses sont nulles (art. 2088 C. N. et 712 C. P. C.). En matière de gage, comme nous le verrons, le créancier peut stipuler le droit de garder l'objet mis en gage, mais il ne peut en disposer autrement qu'en le faisant vendre en justice (5).

Et d'abord je ne vois pas pour quelle raison le créancier antichrésiste ne pourrait stipuler le droit de garder l'immeuble à défaut de paiement. Il faudrait un texte pour annuler une pareille stipulation, or nul tel texte n'existe; bien plus cette clause

(3) Baudry-Lacantinerie, *Nantissement*, nº 172.

(4) Baudry-Lacantinerie, *Nantissement*, nº 203.

(5) Voy. notre article 1971. Nous aurons à nous demander si la convention contraire est permise.

est autorisée par l'art. 1971 en matière de gage, et les règles du gage s'appliquent à l'antichrèse. La question du *contrat pignoratif* (6) ne se soulève pas dans notre droit, car il n'y a pas de prohibition.

La question de savoir si le créancier peut être autorisé à disposer de l'immeuble à défaut de paiement est plus délicate. Ce qui est certain, c'est qu'il ne saurait le faire en l'absence d'une stipulation expresse. Il n'aurait le droit que de faire saisir et vendre l'immeuble objet du nantissement, mais alors il perdrait son droit de rétention. J'aurai à discuter plus loin la validité de la clause permettant au créancier de disposer du gage (7), et je puis renvoyer à cette dissertation, car le même principe s'applique en matière d'antichrèse.

Enfin, disons d'une manière générale, que le droit le plus clair du créancier antichrésiste, c'est celui qui lui permet de retenir la possession de l'immeuble jusqu'au paiement de sa créance. Ce droit l'autorise-t-il à s'opposer à la saisie et vente de l'immeuble, comme le créancier gagiste peut le faire aux termes de l'article 646 du code de procédure civile?

Avant de répondre à cette question, il convient de déterminer la nature du droit que l'antichrèse confère au créancier. Est-ce un *droit réel?*

On peut, pour l'affirmative, citer l'autorité de Pothier (8), qui dit formellement que l'antichrèse est "un droit dans la chose aussi bien que le droit d'hypothèque." Cependant, on ne peut se cacher que l'un des traits qui caractérisent les droits réels, le droit de suite, manque ici. Le créancier peut bien, il est vrai, revendiquer l'immeuble lorsqu'il en a été dépossédé contre son

---

(6) On entend par *contrat pignoratif* celui qui, sous l'apparence d'une vente a réméré, contient une impignoration prohibée. Dans la cause de *Salvas* v. *Vassal* (27 Supreme Court Repts. 68), la coûr suprême a fait voir que le contrat pignoratif n'est pas prohibé par nos lois. Voy. l'opinion du juge Girouard, p. 86. Il reste à voir si les nouvelles lois contre l'usure feront modifier cette jurisprudence.

(7) Voy. *infra*, p. 414.

(8) *Traité de l'hypothèque*, n° 231.

gré, mais s'il s'en est dessaisi volontairement, son droit s'évanouit. Donc l'antichrèse n'affecte pas l'immeuble en quelques mains que cet immeuble passe, mais seulement tant que le créancier en conserve la possession. Il semblerait donc que le droit du créancier est purement personnel (9).

Mais reste la question que j'ai posée: le créancier peut-il s'opposer à la saisie et vente de l'immeuble qui lui a été livré à titre d'antichrèse? L'affirmative est enseignée en France lorsque la saisie est faite par un créancier chirographaire ou par un créancier hypothécaire subséquent à la constitution de l'antichrèse (10). La difficulté, pour nous, c'est que notre code de procédure civile ne reconnaît pas ce droit d'opposition (11).

Mais, puisque le créancier a le droit de rétention, que le débiteur ne peut rien faire pour lui enlever ce droit, que ses créanciers chirographaires ou ses créanciers hypothécaires subséquents ne peuvent saisir et vendre que le droit de leur débiteur, je crois

---

(9) Le contrat peut être *réel* sans que le droit que ce contrat confère soit lui-même *réel*. Nous en avons trouvé un exemple dans le prêt, qui constitue un contrat réel, mais ne donne à l'emprunteur qu'un droit personnel. La question de la réalité du droit du créancier antichrésiste est controversée en France. On reconnaît que, dans l'ancien droit, cette réalité était admise, mais on n'invoque que l'autorité de Pothier, autorité sans doute très grande et prépondérante, puisque ce jurisconsulte a été le guide habituel des auteurs du code Napoléon. S'il faut, sous notre code, accepter une solution aveuglément, parce que cette solution était celle de l'ancienne jurisprudence, toute discussion est close. Cependant, je ne puis cacher mes préférences pour le système opposé. Le droit de suite, à mes yeux, caractérise essentiellement le droit réel lorsqu'il s'agit d'immeubles. Or ce droit n'existe pas au profit du créancier antichrésiste, qui ne conserve son antichrèse qu'aussi longtemps qu'il conserve sa possession de l'immeuble qui en est frappé. Voy., en ce sens, Baudry-Lacantinerie, n[os] 206 et suiv.

(10) Baudry-Lacantinerie, n[os] 209 et suiv.

(11) Voy. l'art. 723 qui dit que "l'opposition à fin de distraire est accordé au tiers *qui réclame la propriété* de partie d'un immeuble ou d'une rente saisie." Or le créancier antichrésiste, on le comprend, n'a aucun droit de propriété. J'admettrais, bien entendu, le droit du créancier de faire une opposition à fin d'annuler pour des irrégularités de la saisie (art. 722 C. P. C.).

que le créancier antichrésiste peut, sinon demander la distraction de l'immeuble de la saisie—droit que je ne lui reconnais pas —du moins demander que l'immeuble soit vendu à la charge de son droit de rétention et d'antichrèse. Je crois qu'on peut citer l'article 724 du code de procédure civile en faveur de cette opinion. La vente du fonds ou de la propriété même, ne portera pas préjudice au créancier antichrésiste, tant qu'elle ne porte pas sur son droit de jouissance, et ce n'est que cette jouissance que l'antichrèse lui confère.

La possession que l'antichrèse donne au créancier, avec droit de percevoir les fruits de l'immeuble, l'assimile jusqu'à un certain point à l'usufruitier. Ainsi, il peut cultiver le fonds par lui-même et habiter la maison et autres constructions qui s'y trouvent. On enseigne même qu'il peut donner l'immeuble à bail (Pont, no 1235). La possession de ce locataire est sa propre possession, et n'affecte pas son droit d'antichrèse.

III. Obligations du créancier antichrésiste. — Quelles sont les obligations du créancier antichrésiste? Il faut d'abord consulter la convention, et, si elle est silencieuse sur ce point, appliquer les règles du gage. Le code Napoléon oblige le créancier à payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse et à y faire les réparations nécessaires et utiles (art. 2081, 2086). Dans notre droit, et en l'absence d'un texte, je doute qu'on puisse sanctionner cette solution, à moins que ce ne soit par voie d'interprétation du contrat, en disant que le créancier n'a obtenu la jouissance des fruits que déduction faite des charges. Bien entendu, le créancier devra acquitter les charges qui sont des charges de la jouissance comme il devra également jouir en bon père de famille. On peut croire que le contrat contiendra à ce sujet les stipulations nécessaires.

IV. Obligations du débiteur. — On appliquera ici les règles du gage. Je puis dire sommairement que les obligations du débiteur sont surtout négatives. Ainsi il ne doit apporter aucune entrave à la jouissance du créancier. Si celui-ci fait des dépenses pour la conservation de l'immeuble, le débiteur doit les lui rembourser.

CHAPITRE DEUXIEME.—Du gage.

I. Définition. — L'article 1968 définit le gage en disant que "le nantissement d'une chose mobilière prend le nom de "*gage*" (1). Il s'agit ici du contrat, car on appelle aussi *gage*, la chose mobilière donnée en nantissement. Nous trouverons le mot *gage* employé dans ce dernier sens dans l'article 1970.

II. Possession du créancier. — Ayant déjà dit que le nantissement est un contrat *réel,* il suffira de reproduire l'article 1970 qui dit que "le privilège ne subsiste qu'autant que le gage reste "en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les "parties" (2).

Remarquons qu'il ne s'agit pas seulement de l'intérêt des tiers, mais de l'existence même du contrat. Cette possession, du reste, doit être réelle et effective, c'est-à-dire il faut que les effets mis en gage soient au pouvoir du créancier et sous son contrôle. Ainsi des marchandises renfermées à clef dans un hangar pourront être mis en gage par la remise de cette clef au créancier. On enseigne que rien ne s'oppose à ce que le débiteur reste chargé du soin des effets. Si le créancier était déjà en possession de la chose en vertu d'un contrat de dépôt ou de prêt, il peut être convenu qu'il la gardera comme gage. C'était déjà la doctrine de Pothier (3).

Il y a une autre possession dont je puis parler sommairement, car elle se rattache au droit commercial, c'est celle qu'on obtient au moyen de connaissements, reçus d'entrepôt, etc. (4).

---

(1) Reproduction de l'alinéa 1 de l'article 2072 C. N.

(2) L'article 2076 C. N. est au même effet.

(3) *Nantissement*, n° 8.

(4) On a jugé, dans plusieurs causes, qu'un reçu d'entrepôt ne peut être transporté pour garantir une ancienne dette: *Robertson* v. *Lajoie*, 22 L. C. J., 169; *Perkins* v. *Ross*, 6 Q. L. R., 65; *Fatt* v. *Shortley*, M. L. R., 1 S. C., 389. Il n'y a aucun doute que ce principe s'applique dans le cas des banques, mais dans les causes citées on a

C'est là une possession effective, car le créancier détient le titre qui doit être présenté au dépositaire pour obtenir livraison des marchandises. C'est aussi par la remise des titres que s'effectue le nantissement des meubles incorporels. S'il s'agit d'une créance, la signification au débiteur du contrat de nantissement avec remise du titre au créancier nanti paraîtrait suffisant (5).

Que décider dans le cas d'un fonds de commerce? Cette question a donné lieu à de grandes difficultés en France et le législateur est enfin intervenu par la loi du 1er mars 1898 qui exige l'inscription du nantissement sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité. Il me semble que dans notre droit il n'y a qu'à appliquer l'article 1970, et, partant, que le créancier ou un tiers convenu doit être mis en possession réelle du fonds de commerce.

L'article 1970 dit que le privilège ne subsiste qu'autant que le gage *reste* en la possession du créancier ou d'un tiers convenu. Donc si le créancier consent à se déposséder du gage, le privilège

---

donné effet au chapitre 54 S. R. C. (1859) qui s'applique aux avances faites par des particuliers et qui ne paraît pas avoir été abrogé.

Il est évident d'ailleurs que les marchandises représentées par le reçu d'entrepôt ne doivent pas être en la possession ou sous le contrôle du débiteur. Ainsi, si le créancier remet l'objet du gage au débiteur qui s'engage à le conserver pour lui, il perd son droit de gage. De même le débiteur ne peut se constituer dépositaire pour le compte du gagiste, en remettant à ce dernier un reçu où il reconnaît posséder pour lui. *Molsons Bank* v. *Rochette*, Casault, J., 14 Q. L. R., 261, confirmé en appel, 17 R. L., 139; *Ross* v. *Thompson*, Casault, J., 9 Q. L. R., 365. Il est vrai que ce dernier jugement a été infirmé par la majorité de la cour de revision (10 Q. L. R., 308), mais la décision de ce tribunal me paraît violer la disposition formelle de l'article 1970 et je ne puis la reconnaître comme bien fondée.

(5) On enseigne, en France, que la remise du titre est tellement essentielle que les créances qui ne sont pas constatées par un titre ne peuvent être données en gage (Baudry-Lacantinerie, nº 75). Il me semble que le créancier serait suffisamment saisi par la signification au débiteur du contrat de gage, car ce contrat est un véritable transport.

disparaît. Il en serait autrement si la dépossession a lieu sans son gré. Le créancier pourrait alors revendiquer la chose (art. 946 C. P. C.). Lorsque la chose est remise à un tiers convenu—lequel doit consentir à la garder pour le créancier—la remise frauduleuse qu'il en ferait au débiteur me semblerait insuffisante pour éteindre le privilège du créancier.

Souvent il arrive que les parties cherchent à éluder la disposition de l'article 1970, en donnant à leur contrat la forme d'une vente, et, comme la livraison n'est pas requise pour la perfection du contrat, on cherche à maintenir, à l'égard des tiers, ce qui est en réalité un contrat de gage déguisé sous la forme d'une vente. Chaque fois que ce caractère apparaît, les tribunaux ne tiendront aucun compte du contrat, car alors que la simulation relative n'est pas une cause de nullité, il faut appliquer au contrat que les parties ont réellement fait les règles qui lui sont propres et non pas les règles qui régissent le contrat dont les parties ont emprunté la forme seulement. Or, s'il s'agit réellement d'un gage, l'objection que le débiteur a conservé la possession de la chose est fatale (6).

On peut consulter aussi les causes suivantes où on a appliqué l'article 1970: *Ross* v. *Molsons Bank,* 2 D. C. A., 82; *Gordon* v. *Hotte,* 2 L. N., 348; *Murray* v. *Montreal & Sorel Ry. Co.,* 20 R. L., 437; *In re Lemay,* 6 Q. L. R., 35.

III. Droits que le gage confère au créancier. — Les principaux droits du créancier gagiste sont son droit de privilège, son droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit payé, et son droit de faire vendre l'objet du gage pour obtenir le paiement de sa créance. Je dirai un mot de chacun de ces droits.

1° *Droit de privilège.* — Aux termes de l'article 1969, "le gage "confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui

(6) Voy. *Cushing* v. *Dupuy,* conseil privé, 5 App. Cas., 409; *Moffat* v. *Burland,* cour d'appel, 4 D. C. A., 59; *Chevalier* v. *Latraverse,* cour de revision, 18 R. L., 614; *Edgerton* v. *Lapierre,* Fortin, J., 5 R. P., 389.

"en est l'objet par privilège et préférence aux autres créan-"ciers" (7).

Il faut avouer que le privilège du créancier gagiste, bien qu'il vienne au quatrième rang parmi les privilèges dont il est question au titre *Des privilèges et hypothèques* (art. 1994), ne rentre guère dans la définition que l'article 1983 donne du *privilège*, en disant que c'est le droit qu'a le créancier d'être préféré à d'autres créanciers suivant la cause de la créance. De fait, le privilège du créancier gagiste ressemble en ceci à l'hypothèque, qu'il est créé par la convention et qu'il ne dépend pas de la nature de la créance ni de la loi. Mais les meubles n'ayant pas suite par hypothèque, le droit du créancier gagiste ne peut être qu'un privilège. D'ailleurs il diffère de l'hypothèque en ce qu'il exige pour sa validité la dépossession du débiteur.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que ce privilège du créancier gagiste est subordonné aux droits antérieurs que d'autres créanciers ont pu acquérir. "Les droits du créancier", dit l'article 1977, "sur la chose qui lui est donnée en gage sont subor-"donnés à ceux qui y ont des tiers, suivant les dispositions con-"tenues au titre *Des privilèges et hypothèques*" (8).

2° *Droit du créancier de retenir la chose jusqu'au paiement.* — Le droit du créancier est un droit réel, c'est un droit dans la chose (9). Il peut, et il doit s'il veut conserver son privilège, retenir la chose jusqu'au paiement. Toutefois le débiteur en demeure propriétaire, et le créancier n'en est que dépositaire, sans pouvoir même s'en servir. C'est du reste la disposition de l'article 1972.

1972. "Le débiteur est propriétaire de la chose jusqu'à ce "qu'elle soit vendue ou qu'il en soit disposé autrement. Elle

(7) Copie textuelle de l'art. 2073 C. N.

(8) Il n'y a pas d'article semblable au code Napoléon.

(9) L'absence du droit de suite qui, dans le cas de l'antichrèse, m'a fait décider que ce contrat ne confère pas un droit réel (voy. *supra*, p. 399), n'est pas une objection à l'égard du gage, car les meubles, à la différence des immeubles, n'ont pas suite par hypothèque.

"reste entre les mains du créancier seulement comme un dépôt "pour assurer sa créance (10).

Si la dette n'est pas encore échue, le créancier demeure dépositaire du gage jusqu'au paiement. Sa possession, toutefois, ne peut pas servir à lui faire acquérir par prescription la propriété de la chose, car c'est une possession précaire. J'ai dit que le créancier ne peut, pas plus que le dépositaire, se servir du gage. Il ne peut pas non plus le donner lui-même en gage sans le consentement du débiteur. Si la chose produit des fruits qui peuvent se conserver en nature, il doit les conserver. Enfin il doit apporter à la garde de la chose les soins d'un bon père de famille.

Il est question, à l'article 1973, de la responsabilité du créancier lorsque le gage périt ou se trouve détérioré par sa faute. Cette disposition, qui est du reste un simple renvoi, se lit comme suit:—

1973. "Le créancier répond de la perte ou détérioration du "gage selon les règles établies au titre *Des obligations*.

"De son côté le débiteur est tenu de rembourser au créancier "les dépenses nécessaires que celui-ci a faites pour la conserva- "tion du gage" (11).

Il y a application ici du droit commun. Le créancier doit ap-

---

(10) L'article 2079 C. N. ne diffère pas en substance de notre article, sauf, bien entendu, qu'on n'y trouve pas les mots "jusqu'à ce qu'il en soit disposé autrement", ce qui serait contraire à la nature juridique du gage en France.

(11) Le premier alinéa de l'article 2080 C. N. contient le même renvoi, mais ajoute après le mot "gage" les mots: "qui serait survenue par sa négligence". Je ne vois pas de différence ici, car le créancier n'est responsable qu'autant qu'il est en faute.

Le deuxième alinéa de l'article 2080 parle des dépen[ses ut]*iles* et nécessaires", notre article ne mentionne que les dépe[nses né]*cessaires*. Il n'est pas douteux qu'il y a là une différence impor[tant]e, car on enseigne en France que les dépenses utiles peuvent être [rec]ouvrées jusqu'à concurrence de la plus-value, les dépenses nécessaires a[u] plein montant (Guillouard, *Nantissement*, nº 160). Donc le législateur français ne confond pas les dépenses utiles avec les dépenses nécessaires par les mots "faites pour la conservation de la chose" qui se trouvent dans l'article 2080 comme dans notre article 1973.

porter à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille. Ainsi, si une créance hypothécaire lui est donnée en gage, il doit en renouveler l'enregistrement dans les cas où ce renouvellement est exigé par la loi. Il ne sera pas responsable, il est clair, des cas fortuits, il ne sera pas non plus responsable du fait d'un tiers, lorsque ce tiers n'est pas une personne dont la faute lui soit imputable. Par exemple, si le tiers dépositaire convenu entre les parties détruit ou détériore la chose par sa faute, le créancier ne répondra pas de cette faute, mais il pourra lui-même réclamer des dommages-intérêts du tiers. Si le gage est détruit rien n'oblige le débiteur à en fournir un autre.

Dans la cause de *Gilman* v. *Gilbert* (M. L. R., 3 S. C., 402), il s'agissait d'une somme de $15,000 qui avait été déposée dans une banque pour garantir l'exécution d'un contrat avec le gouvernement. La banque ayant fait faillite, la cour d'appel jugea que le dépôt était aux risques du gouvernement, et que le tiers qui l'avait fourni pouvait réclamer du débiteur la commission stipulée payable par ce dernier tant que le dépôt ne serait pas remboursé.

Il peut y avoir difficulté quant aux impenses que le créancier a faites. Notre article ne lui en accorde le remboursement que si elles ont été nécessaires. Pothier (12), parlant des impenses utiles, distingue suivant que les améliorations ont été considérables ou modiques, ces dernières seules étant à la charge du propriétaire jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont apportée à la chose.

Le texte de l'article 1973, qui n'accorde le remboursement que des dépenses nécessaires que le créancier gagiste a faites pour la conservation de la chose, me semble exclure les impenses purement utiles. D'ailleurs, le créancier, qui a indubitablement mandat de faire les dépenses qu'exige la conservation de la chose, ne peut invoquer ce mandat lorsqu'il s'agit de dépenses purement utiles.

Au surplus, il est certain que le créancier a droit aux dom-

---

(12) *Nantissement*, n° 61

mages que la détention de la chose lui a causés par la faute du propriétaire. Ainsi, le débiteur consent un gage sur un animal qu'il sait atteint d'une maladie contagieuse, et cette maladie se communique aux autres animaux du créancier. Il n'est aucun doute que dans ce cas il y aura ouverture au recours en dommages-intérêts contre le propriétaire de la chose (13).

Pour revenir au droit de rétention du créancier, il est certain que ce droit dure tant que la dette n'est pas payée ou autrement éteinte. En d'autres termes, le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage tant qu'il ne s'est pas libéré de la dette. "Le débiteur ne peut", dit le premier alinéa de l'article 1975, "à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamr la restitution qu'après avoir entièrement payé la dette en capital, intérêts et frais" (14).

Mais il résulte de la même disposition que si le créancier ou autre détenteur abuse du gage—c'est-à-dire s'il se sert sans droit de la chose ou si, étant autorisé à s'en servir d'une certaine manière, il commet des abus de jouissance, enfin s'il la détériore—le débiteur pourra en demander la restitution. Et comme la possession du créancier ou d'un tiers est essentielle pour l'existence du gage, le maintien de l'action en restitution mettra fin au gage, à moins toutefois que le tribunal n'ordonne le séquestre, ce que, d'après M. Guillouard (*Nantissement,* nº 191), il a le pouvoir de faire.

Hors ce cas d'abus du gage, le créancier ne peut être contraint de le remettre au débiteur avant le paiement entier de la dette. En d'autres termes, le droit de rétention du créancier dure autant que la dette nantie par le gage.

Cette restitution que le débiteur ne peut réclamer, ses créanciers ne peuvent pas non plus l'exiger. Le créancier gagiste peut donc opposer son droit de rétention aux tiers comme au débiteur. Une conséquence importante de ce principe, c'est que les créanciers du débiteur ne peuvent faire saisir l'objet du gage entre les

(13) Baudry-Lacantinerie, nº 144.

(14) C'est en substance la reproduction du premier alinéa de l'article 2082 C. N.

mains du créancier gagiste, et le cas échéant celui-ci peut exercer l'opposition à fin de distraire (art. 646 C. P. C.). Il peut aussi contester de ce chef une saisie-arrêt qui lui serait signifiée (15).

Il paraît à peine nécessaire d'ajouter que lorsque le code parle de paiement comme mettant fin au droit de rétention du créancier, il faut étendre sa disposition à tout mode d'extinction des obligations. Du moment que la dette est éteinte, le gage, qui est un contrat accessoire, ne saurait subsister. Donc, si le débiteur devient créancier du créancier gagiste de manière à pouvoir lui opposer compensation pour le plein montant de sa dette, il est clair qu'il peut réclamer la restitution du gage. Le seul mode d'extinction des obligations qui n'entraînera pas ce résultat. c'est la prescription, et cela pour la raison que le débiteur ne pourra jamais se libérer par prescription, tant que le créancier est nanti du gage, cette possession interrompant journellement la prescription par la reconnaissance de la dette qu'elle implique de la part du débiteur. Telle est l'opinion générale (16).

---

(15) Il y a deux décisions en sens contraire du juge Mathieu (*Fortier* v. *Hébert*, 15 R. L., 476 et *Gauthier* v. *Fortin*, 1 R. P., 500). Le savant juge se base sur le motif que le créancier gagiste a un privilège, ce qui suppose, dit-il, que la chose donnée en gage peut être vendue en justice. Je crois, au contraire, que le privilège du créancier gagiste n'affecte pas son droit de rétention, et qu'il peut, ou bien retenir la chose, et s'opposer à la saisie, ou bien la laisser vendre et réclamer son privilège. D'ailleurs l'article 646 C. P. C. que le juge Mathieu ne cite pas clôt à mes yeux toute discussion. J'ajoute que le juge Casault a décidé que celui qui a un droit de gage ou de rétention peut s'opposer à la saisie de la chose qui en est l'objet:—*Belleau* v. *Piton*, 13 Q. L. R., 337. Le juge Torrance a également jugé qu'un prêteur sur gage a droit d'exiger, du créancier qui fait saisir les objets mis en gage, caution qu'il sera payé de sa dette (*Beaudry* v. *Lépine*, 5 L. N., 103).

(16) Comp. Baudry-Lacantinerie, n° 102. Dans notre jurisprudence, on peut citer en faveur de cette solution, qui est celle de la grande majorité des auteurs, les causes de *Henderson* v. *Campbell*, Mathieu, J., R. J. Q., 4 C. S., 4, et de *La Banque du Peuple* v. *Huot*, cour de revision, à Montréal, R. J. Q., 12 C. S., 370. Dans la cause de *McGreevy* v. *McGreevy*, 17 Q. L. R., 278, la cour de revision à Québec a jugé que la possession d'un gage n'interrompt pas la prescription dans les matières commerciales excédant $50.

Il suit de la disposition du premier alinéa de l'article 1975 que malgré que la dette puisse se diviser parmi les héritiers du débiteur, et que l'un de ceux-ci ait la faculté de se libérer entièrement à l'égard du créancier en lui payant sa part d'une dette divisible, le créancier ne peut être obligé de remettre le gage, même en partie, tant que l'obligation n'a pas été entièrement payée. La raison en est que le gage est indivisible lors même que la dette ne l'est point. C'est la disposition de l'article 1976, réproduction, en substance, de l'article 2083 du code français. Voici le texte de cet article:

1976. "Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la "dette. L'héritier du débiteur qui paie sa part de la dette ne peut "demander sa part du gage tant qu'il reste dû quelque partie de "la dette.

"L'héritier du créancier qui reçoit sa portion de la dette ne "peut non plus remettre le gage au préjudice de ceux de ses co-"héritiers qui n'ont pas été payés."

Il va sans dire que la convention peut déroger à la disposition de l'article 1976, même entre le créancier et le débiteur, et donner à celui-ci, ou à ses héritiers, le droit de réclamer une restitution proportionnelle du gage à raison des sommes qu'il verse au créancier.

Le deuxième alinéa de l'article 1975 donne encore une extension au droit de rétention du créancier gagiste. Il porte que "s'il est contracté une autre dette après la mise en gage, et qu'elle "devienne exigible avant celle pour laquelle le gage a été donné, "le créancier ne peut être tenu de rendre le gage avant d'être "payé de l'une et de l'autre dette" (17).

---

(17) En substance, il y a ici reproduction plus concise du deuxième alinéa de l'article 2082 C. N. Notons toutefois une différence d'expression. Au lieu des mots "et qu'elle vienne *exigible* avant celle "pour laquelle le gage a été donné", que nous trouvons dans notre article, l'article 2082 dit "avant le *paiement* de la première dette". Cette dernière expression a donné lieu à une controverse que notre article tranche dans le sens des auteurs qui soutiennent qu'il s'agit ici de l'échéance et non du paiement tardif que le débiteur a pu effectuer.

La loi présume ici que les parties ont voulu, en stipulant que la nouvelle dette serait payée à une date plus rapprochée que la dette nantie du gage, étendre à la nouvelle dette le gage déjà constitué en faveur de l'ancienne. On appelle donc ce gage un gage tacite. Il est hors de doute que cette disposition est exceptionnelle et il n'y a rien de semblable dans le cas du cautionnement ou de l'hypothèque. Pour cette raison on n'applique cette règle que lorsque c'est le même débiteur qui contracte une dette envers le même créancier (18). On enseigne donc que lorsque le gage est fourni par un tiers qui n'intervient pas au nouveau contrat, le créancier n'aura pas le droit de retenir le gage jusqu'à ce que la nouvelle dette soit acquittée (19).

Ce gage tacite diffère cependant du gage exprès en ce qu'il ne confère au créancier qu'un droit de rétention et non pas un privilège. Il me semble qu'il suffit, pour le démontrer, de dire que le privilège est de droit étroit, et je ne comprends pas qu'il puisse y avoir dissidence sur ce point (20). L'article 1975 ne donne au créancier qu'un droit de rétention, ce qui, à mon avis, est décisif.

3° *Droit du créancier de faire vendre l'objet du gage pour obtenir le paiement de sa créance.* — Le but du contrat de gage est d'assurer au créancier le paiement de sa créance. Il est donc naturel que le créancier, s'il n'est pas payé, puisse faire vendre l'objet qui lui a été remis à titre de gage. Il peut exercer le droit de saisie et de vente sur tout le patrimoine du débiteur, et à plus forte raison le peut-il sur la chose même qui a été spécialement affectée au paiement de sa créance.

---

(18) L'art. 2082 C. N. le dit formellement, et c'est sans doute ainsi qu'il faut interpréter notre disposition.

(19) Baudry-Lacantinerie, n° 106.

(20) L'opinion contraire invoque la disposition finale, et à mes yeux, inutile, de l'art. 2082 du code français "lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la "seconde." Notre code ne contient pas ces mots qui à mon avis ne fournissent pas un argument sérieux.

Cependant, alors que le droit de saisie et de vente du créancier est indiscutable, les stipulations du contrat, qui ont pour but la réalisation du gage, ont toujours donné lieu à de sérieuses difficultés, surtout sous l'empire de l'ancien droit. Car d'une part on voulait donner au créancier le moyen de se faire payer, et d'autre part protéger le débiteur contre l'oppression et l'usure. On voulait surtout empêcher que le créancier ne s'appropriât une chose, d'une valeur peut-être supérieure au montant de sa créance, qu'il avait obtenue de son débiteur à titre de gage, et de crainte que la convention n'eût indirectement cet effet, on entourait la vente du gage de formalités rigoureuses. Le code français a augmenté ces rigueurs, en ce qui se rapporte à la réalisation du gage. Il déclare que "le créancier ne peut, à défaut de paiement, "disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce "gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, "d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu "aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'ap-"proprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, "est nulle."

Nos codificateurs n'ont pas été d'avis de maintenir cette sévérité. Ils avaient d'abord énoncé la loi existante dans ces termes: "Le créancier ne peut, à défaut de paiement de la dette, disposer "du gage. Il peut le retenir, sous l'autorité du tribunal, à l'éva-"luation qui en est faite par des personnes nommées dans ce but; "ou bien il peut le faire saisir et vendre suivant le cours ordi-"naire de loi et se faire payer par préférence sur les deniers pré-"levés. Toute convention qui autorise le créancier à s'approprier "le gage ou à en disposer autrement sans ces formalités est nulle." Et trouvant que la prohibition, dont le but était de prévenir l'usure, n'était plus en harmonie avec les lois réglant les intérêts, ils ont proposé, en amendement, l'article 1971 qui, dans sa première rédaction, acceptée par la législature, se lisait comme suit:

"Le créancier ne peut, à défaut de paiement de la dette, dis-"poser du gage. Il peut le faire saisir et vendre suivant le cours "ordinaire de la loi en vertu du jugement d'un tribunal compé-"tent et être payé par préférence sur les deniers prélevés.

"Néanmoins cette disposition ne s'étend pas aux banques rela-"tivement aux bois qui leur sont donnés en gage conformément "aux dispositions de l'acte de la 29e Vict., ch. 19.

"Le créancier peut aussi stipuler qu'à défaut de paiement il "aura droit de garder le gage" (21).

Nous trouvons, aux statuts refondus de la province de Québec de 1888, deux rédactions différentes de cet article 1971.

D'après l'article 5824, qui se trouve au titre XII, deuxième partie, chapitre premier, parmi les amendements au code civil, "l'article 1971 *doit* se lire comme suit" :—

1971. "A l'exception du prêteur sur gages, le créancier ne "peut, à défaut de paiement de la dette, disposer du gage. Il peut "le faire saisir et vendre suivant le cours ordinaire de la loi en "vertu du jugement d'un tribunal compétent et être payé par "préférence sur les deniers prélevés.

"Néanmoins, cette disposition ne s'étend pas aux bois donnés "en gage conformément aux dispositions des articles 5647, 5648, "5649 et 5650 des statuts refondus de la province de Québec.

"Le créancier peut aussi stipuler qu'à défaut de paiement il "aura droit de garder le gage."

Et aux termes de l'article 6242, au supplément des mêmes statuts refondus, où il est question des articles du code civil modifiés par la législation fédérale, "l'article 1971 *devrait* se lire "comme suit" :

Et l'article 6242 reproduit textuellement le premier et le troisième alinéas de l'article 1971, tels que rédigés par l'article 5824. Le deuxième alinéa se lit comme suit :—

"Néanmoins cette disposition ne s'étend pas aux bois *qui sont* "donnés en gage conformément aux dispositions *de l'acte* 29 "*Vict., ch.* 19, *ni quand il s'agit des banques, aux effets et mar-"chandises donnés en gage conformément à la loi concernant les "banques et le commerce de banque*" (22).

---

(21) Le troisième alinéa seul est indiqué comme étant de droit nouveau.

(22) Les différences entre le dernier et le premier texte sont indiquées par des italiques.

Je crois qu'il faut regarder la rédaction de l'article 5824 comme devant prévaloir sur celle de l'article 6242. D'après le premier article, l'article 1971 *doit* se lire ainsi, tandis que l'article 6242 se contente de dire, la matière dépassant la compétence de la législature, qu'il *devrait* se lire de la manière y indiquée. Je donne donc la préférence au texte de l'article 5824 (23).

Ce n'est pas à dire que les dispositions de l'Acte des banques ne l'emportent pas, quand il s'agit du gage que ces banques sont autorisées à stipuler, sur les dispositions de l'article 1971. Le principe, en effet, est bien établi par la jurisprudence que le parlement fédéral, dans les matières qui sont de son ressort, peut légiférer sur des sujets, se rattachant au sujet principal, qui, considérés isolément, seraient de la compétence de la législation provinciale. Donc il est vrai de dire, comme le fait l'article 6242, que l'article 1971 ne s'applique pas au gage des banques. Il n'en reste pas moins vrai que le véritable texte de l'article 1971 est celui que donne l'article 5824.

Expliquant maintenant l'article 1971, il ressort de ses termes que le contrat de gage n'autorise pas le créancier à disposer de l'objet qui lui est donné en gage. Il est obligé de le faire saisir et vendre.

Mais ce que ne défend pas notre article, à l'inverse de la règle adoptée par l'ancien droit, c'est la convention expresse que le créancier pourra disposer du gage s'il n'est pas payé de sa créance. Une telle convention serait licite et au fond ne serait qu'un mandat ordinaire. Mais il faut que la stipulation soit expresse et non équivoque, et on ne saurait l'étendre au delà de ses termes. Ainsi, si le créancier est autorisé à vendre le gage sans suivre les formalités prescrites par la loi, il faut décider qu'il devra faire faire la vente publiquement, aux enchères et après avis publié dans les journaux (24).

---

(23) Les codes de MM. Dorais et Beauchamp donnent, à tort suivant moi, le texte de l'article 6242.

(24) C'est ce que la cour de revision, à Montréal, a décidé dans la cause récente de *Campbell* v. *Byers*, R. J. Q., 30 C. S., 86. Elle a

L'article 1971, à la différence de l'ancien droit, permet au créancier de stipuler qu'à défaut de paiement il aura droit de garder le gage. C'est alors une véritable dation en paiement, et si le créancier profite de la faculté qui lui est ouverte, il ne pourra plus, à moins que la stipulation ne comporte une autre signification, exiger que le débiteur acquitte sa dette qui se trouve entièrement payée.

Encore une fois, en cette manière la convention des parties a libre jeu. Il n'y a plus, comme autrefois, de question d'ordre public (25).

Pour dire un mot maintenant de l'exception que prévoit l'article 1971, quant aux bois donnés en gage, le législateur nous renvoie aux articles 5647, 5648, 5649 et 5650 qui reproduisent les dispositions du statut de l'ancienne province du Canada, 29 Vict., ch. 19.

Brièvement (26), aux termes de ces articles, le reçu donné par un garde-chantier ou par le gardien d'un quai, d'une cour, d'un havre ou autre endroit, pour des bois qui y sont déposés, peut être transporté, par endossement donné par le propriétaire du bois ou autre personne qui a droit de le recevoir, en garantie du paiement d'une lettre de change, billet ou autre dette. Cet endossement comporte transport des droits de l'endosseur, qui peut cependant reprendre ses droits en payant la dette. Au cas

---

jugé que le créancier gagiste que le contrat autorise à disposer du gage, à défaut de paiement, et à appliquer le produit de la vente au paiement de la dette, ne le peut faire que par une vente publique précédée d'annonces. Et elle a déclaré irrégulière une vente par encan d'actions d'une compagnie, après avis par des circulaires adressées aux actionnaires, et à laquelle le créancier avait acheté ces actions au-dessous de leur valeur réelle.

(25) La nouvelle législation sur l'usure pourrait peut-être faire annuler une stipulation qui ne serait qu'un contrat usuraire déguisé. Le cas ne s'est pas encore présenté.

(26) On sent en effet le besoin de la brièveté en présence du verbiage inconcevable, et très peu français, qui caractérise ces articles. Par suite, le sens en est très difficile à découvrir.

de non paiement de la dette, le créancier peut vendre le bois et retenir sur le prix de vente le montant de sa créance, le surplus devant être remis à l'endosseur.

Lorsque le gardien est lui-même propriétaire du bois, au lieu d'en être seulement le dépositaire, le reçu qu'il donne et endosse a le même effet que s'il était signé par un simple dépositaire et endoossé par le propriétaire du bois (27).

Le terme du gage ne peut excéder douze mois et les avances ne peuvent être faites que pour une dette contractée lors de l'endossement. Avis d'au moins trente jours de la vente de ce bois doit être donné au propriétaire par lettre recommandée, en indiquant le temps et le lieu de la vente. Cette vente se fait aux enchères publiques, après annonces faites pendant huit jours consécutifs dans deux journaux quotidiens publiés l'un en français et l'autre en anglais dans l'endroit le plus rapproché du lieu de la vente. Si, au lieu de la vente, il ne se publie pas de journal quotidien dans l'une ou l'autre langue, mais qu'il y ait un ou plusieurs journaux non-quotidiens, alors l'annonce doit être insérée dans chaque numéro du journal local pendant le temps qu'elle eût paru dans un journal quotidien.

Les avances faites sur la garantie d'un tel reçu sont privilégiées et l'emportent sur la réclamation du vendeur non payé ou autre créancier, excepté la créance pour salaire pour la main-d'œuvre, la confection ou le transport du bois.

Le gage que les banques sont autorisées à stipuler, bien qu'il tienne du droit commercial et non pas du droit civil, est intéressant à étudier. Faisant abstraction des reçus d'entrepôt que les banques peuvent accepter en garantie de leurs avances, je puis signaler brièvement quelques dispositions de la loi des banques

---

(27) Je hasarde cette interprétation de l'article 5648, véritable casse-tête chinois, croyant que c'est cela que le législateur a voulu dire par les mots "ce reçu... est aussi valable et efficace que si la "personne qui donne et endosse ce reçu... n'était pas la seule et "même personne." Il est évident qu'il aurait pu s'exprimer plus clairement, si telle était sa pensée.

(S. R. C., 1906, ch. 29) qui permettent la constitution de gage sur divers effets ou marchandises.

Il y a d'abord l'article 84 qui dit que "la banque peut faire des "prêts sur la garantie de bois debout et sur les droits ou permis "donnés à quelqu'un d'abattre ou d'enlever ce bois."

Mais observons que bien que le bois debout soit considéré comme immeuble (art. 378 C. C.), on enseigne que ce principe n'est entièrement vrai qu'à l'égard du propriétaire du sol; que, quant au fermier ou à l'acquéreur d'un permis ou droit de coupe, la récolte sur pied et le bois destiné à être coupé sont meubles, et que la vente d'un droit de coupe est une vente mobilière (28). Donc, d'après cette opinion, que j'ai suivie dans mon tome 2, p. 411, le bois debout et le permis de coupe seraient meubles en ce qui se rapporte à la banque. Je regarderais donc le droit de gage constitué en vertu de l'art. 84 comme un véritable gage mobilier, et non pas comme une hypothèque. Bien entendu la banque devra se conformer à la loi provinciale en ce qui se rapporte au transport du permis de coupe.

Il y a encore l'article 88 de la loi des banques qui donne aux banques le pouvoir de faire des prêts "à tout acheteur, expédi- "teur ou marchand en gros de produits de la ferme, des forêts, "carrières ou mines, ou de produits de la mer, des lacs et des "rivières, ou à tout acheteur, expéditeur ou marchand en gros "d'animaux vivants ou morts, et des produits ou dérivés, sur la "garantie de ces produits, ou sur celle de ces animaux, vivants "ou morts, et de leurs produits."

La banque peut permettre que les effets couverts par la garantie soient enlevés, et que d'autres effets de la nature de ceux mentionnés leur soient substitués, et les effets ainsi substitués deviennent sujets au gage.

L'article 88 ajoute que la banque peut prêter aux fabricants en gros d'effets, denrées et marchandises et sur la garantie des effets, denrées ou marchandises qu'ils fabriquent ou qu'ils acquièrent pour cette fabrication.

---

(28) Voy. Dalloz, *Code Civil annoté*, art. 520, 521, nos 24 et suiv.

Les droits conférés par ce gage sont ceux qui résultent d'un reçu d'entrepôt.

Aux termes de l'article 89, la garantie que je viens de mentionner couvre les effets pendant le procédé de fabrication ou de production et après que cette fabrication ou production a pris fin. Et la banque peut, au cas de non paiement, vendre les effets en quantité suffisante pour acquitter sa réclamation. La vente doit se faire aux enchères, après avis au propriétaire et publication d'annonces.

L'article 1971 ne s'applique pas aux prêteurs sur gages. Ces prêteurs sont régis par les dispositions de la loi des licences de Québec, 63 Vict., ch. 12, art. 249 et suivants. Je puis dire, sommairement, que, d'après ces articles, le prêteur sur gages est celui qui, habituellement, moyennant profit, prête de l'argent ou une chose qui peut se convertir en argent, ou qui a une valeur pécuniaire, en prenant un gage pour assurer la restitution de la somme ou chose prêtée. Ce prêteur doit d'ailleurs se munir d'un permis octroyé par le percepteur du revenu. Quand les objets mis en gage ne sont pas réclamés dans l'année de leur dépôt, le prêteur doit les faire vendre par encan public, sans qu'il soit nécessaire d'y être autorisé par un jugement, après publication préalable d'un catalogue des objets qui doivent être vendus, et annonce dans deux journaux, dont l'un français et l'autre anglais.

Nous avons, sur l'article 1971, une assez abondante jurisprudence.

Dans une cause de *Nordheimer* v. *Fraser* (1 L. C. L. J., 92), le juge Badgley a jugé que la vente par le créancier gagiste de l'objet du gage doit être faite publiquement et après publication d'annonces, à défaut de quoi l'acheteur n'aura pas un titre valable d'acquisition.

Le juge Casault a également décidé que le locataire ne peut, en quittant les lieux loués, laisser en gage au locateur un piano dont il n'est pas propriétaire, le gage étant invalide à raison du défaut de titre chez le débiteur, et les parties ne pouvant, à l'encontre du véritable propriétaire, étendre le privilège du locateur

au delà des huit jours accordés par l'article 1623: *Hearn* v. *Vézina*, 6 Q. L. R., 93 (29).

Dans la cause de *Gilman* v. *Campbell* (M. L. R., 2 S. C., 291 et 30 L. C. J., 49), la cour d'appel a jugé que le débiteur peut poursuivre en dommages-intérêts le créancier gagiste qui a illégalement disposé du gage, et cela sans offrir de payer la dette ou donner au créancier l'option de restituer le gage.

Le juge Taschereau a décidé, dans une cause de *Murray* v. *La compagnie de chemin de fer de Montréal et Sorel* (20 R. L. 433), que le créancier gagiste peut obtenir la vente du gage en le faisant saisir entre ses mains par une saisie-arrêt après jugement (30).

Je puis noter ici la décision rendue par la cour d'appel, dans la cause de *Benning* v. *Thibeaudeau* (M. L. R., 5 Q. B., 425), dont le jugement a été confirmé par la cour suprême (20 *Supreme Court Reports*, 110), bien que cette décision ne se rattache que de loin à l'article 1971. On y a jugé que le créancier gagiste, qui détient en gage des marchandises ainsi que des billets signés par des tiers, ne peut demander à être colloqué à la faillite du débiteur qu'après déduction des sommes qu'il a pu percevoir, soit par la vente des marchandises, soit par des paiements que les débiteurs des billets lui auraient versés.

J'ajoute que dans la cause de *The Exchange Bank of Canada* v. *Fletcher* (M. L. R., 7 Q. B., 11), la cour d'appel a jugé, et sa décision a été confirmée par la cour suprême (19 *Supreme Court Reports*, 278), que lorsque, pour éluder la loi qui défend à une banque d'accepter les actions d'une autre banque en garantie d'un prêt, une banque a fait des avances garanties par les actions d'une autre banque transportées au caissier de la banque qui a fait

---

(29) Voy. d'autres décisions dans le même sens en mon tome 7, p. 298.

(30) Le jugement noté ici paraît avoir été rendu par défaut.
On trouve, à la page 435 du même volume de la *Revue Légale*, un jugement dans la même cause où on a jugé—ce qui ne peut guère faire difficulté—que la convention par laquelle le créancier gagiste est autorisé à disposer du gage, pour un prix déterminé, ne l'empêche pas de le faire vendre en justice.

le prêt, l'emprunteur n'est pas empêché, après paiement de la dette, de réclamer les actions de la banque qui les détient, cette prohibition s'appliquant au prêteur et non pas à l'emprunteur.

Le juge Pagnuelo a décidé, dans la cause de *The City and District Savings Bank* v. *Geddes* (M. L. R., 6 S. C., 243), que le créancier gagiste n'est pas obligé de discuter le gage avant de recourir contre son débiteur.

Dans la cause de *Stewart* v. *The St. Ann's Building Society* (R. J. Q., 1 B. R., 320), la cour d'appel a jugé qu'une société de construction peut légalement prendre un immeuble en garantie d'avances, et ensuite louer cet immeuble au propriétaire, avec clause que la société pourra garder l'immeuble en cas de contravention des conditions du bail, et que la résiliation du bail, pour telle contravention, rend la société propriétaire de l'immeuble avec droit de le vendre sans être obligée de rendre compte du produit de la vente.

Enfin, dans la cause de *Charrier* v. *Boutin* (R. J. Q., 13 C. S., 384), le juge Andrews paraît avoir reconnu la validité de la clause qui autorise le créancier à vendre le gage, à défaut de paiement de la dette.

IV. Gage constitué sur une créance portant intérêt. — En principe, nous l'avons vu, le créancier ne peut se servir de la chose qui lui est donnée en gage, qui reste entre ses mains seulement comme un dépôt pour assurer sa créance (art. 1972). L'article 1974 prévoit le cas d'une créance portant intérêt qui est transportée au créancier comme gage du paiement de sa dette. Dans ce cas, le débiteur est censé avoir donné mandat au créancier de retirer ces intérêts. L'article 1974 règle en ces termes l'imputation dé ces intérêts.

1974. "S'il est donné en gage, une créance portant intérêt, le "créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

"Si la dette, pour sûreté de laquelle la créance est donnée, ne "porte pas intérêt, l'imputation des intérêts du gage se fait sur "le capital de la dette" (31).

---

(31) L'article 2081 du code français est au même effet.

Le transport de la créance portant intérêt, comporte pour le créancier gagiste le droit de percevoir ces intérêts. Il est même obligé de le faire et répondrait envers le débiteur de sa négligence de les percevoir (32).

Le créancier gagiste devient propriétaire des intérêts qu'il touche, et comme le paiement lui en est fait pour le compte du débiteur, il doit les imputer sur sa dette. Cette imputation se fait d'après le droit commun—dont l'article 1974 rappelle la règle qu'a déjà formulée l'article 1159—c'est-à-dire sur les intérêts d'abord, et ensuite sur le capital, ou, si la dette ne porte pas intérêt, sur le capital.

Il faut appliquer le principe de notre article 1974, au gage consenti sur des rentes ou des actions ou obligations de compagnies financières, industrielles ou commerciales, en un mot, sur toute chose qui est productive de revenu.

Quant au capital de la créance ainsi transportée en gage, il faut décider que le créancier ne pourra pas le toucher à moins que la convention ne lui en donne le droit. Naturellement, ce paiement se fait à la décharge du débiteur jusqu'à concurrence de la somme reçue par le créancier.

J'appliquerais le principe de notre article, dans les rapports du créancier gagiste et du débiteur, aux dettes qui se paient par versements. Ainsi, à la date de l'échéance d'un versement, il doit être tenu compte au débiteur des paiements que le créancier a reçus sur la dette qui lui a été donnée en gage.

V. **Dispositions de renvoi.** — Aux termes de l'article 1978, "les règles contenues dans ce chapitre sont, en matières commer-"ciales, subordonnées aux lois et aux usages du commerce" (33).

Comme exemple des lois commerciales qui priment les dispositions de ce chapitre, je puis citer l'acte des banques dont j'ai indiqué quelques-unes des dispositions, ainsi que les lois concernant les avances sur la garantie de bois.

---

(32) Baudry-Lacantinerie, n° 97.

(33) L'article 2084 du code Napoléon, qui correspond à notre article, déclare que les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas aux matières de commerce ni aux maisons de prêt sur gage.

Il y a une autre disposition de renvoi à l'article 1979 qui se lit comme suit:—

1979. "Les règles spéciales concernant le métier de prêteur "sur gage sont contenues dans les lois relatives aux prêteurs sur "gage et aux prêts sur gage.

"Les lois fédérales concernant les banques et le commerce de "banque, en ce qu'elles se rapportent aux banques, et le chapitre "54 des Statuts refondus du Canada, en ce qui concerne les par- "ticuliers, contiennent des dispositions spéciales pour le trans- "port par endossement des connaissements, spécifications de bois, "reçus ou certificats donnés par les gardiens d'entrepôt ou de "quais, meuniers, maîtres de vaisseaux ou entrepreneurs de trans- "ports faits en faveur des banques constituées ou des particuliers "comme gage, et pour la vente des effets et marchandises repré- "sentés par tels documents" (34).

Il a été question de toutes ces matières dans les pages qui précèdent.

---

(34) Je cite cette disposition d'après l'article 6243 S. R. P. Q., qui se trouve parmi les "amendements au code civil par le fédéral." L'article 1979 étant purement de renvoi, la question de savoir si le texte donné par ces amendements doit être accepté comme le véritable texte de notre code, ne présente pas d'intérêt. Voy. ce que j'ai dit de cette question, *supra*, p. 414.

TABLES DES ARTICLES

DU

CODE CIVIL

AVEC

Indication des pages de ce volume où chaque article est expliqué. (1)

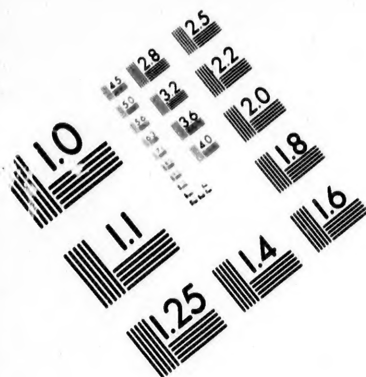
(1) ERRATUM. A la page 44, lire art. 1719 au lieu d'art. 1718.

TABLE

ANALYTIQUE ET ALPHABÉTIQUE

P

R



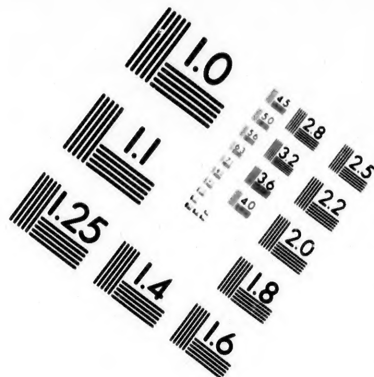
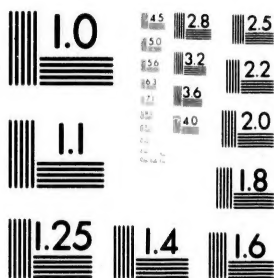
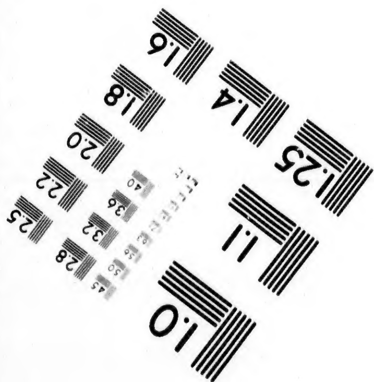
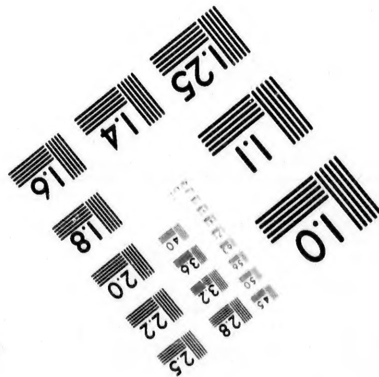


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)



6″





Photographic Sciences Corporation

23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503

2.8 2.5
3.2 2.2
3.6
2.0
1.8

1.0

T